This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

Stinking

Legis actio sacramento

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 774 889

HARVARD LAW LIBRARY

Received June 27, 1921

66

Ueber das Verhältniß

der

Legis actio sacramento

zu dem Verfahren

durch

Sponsio præjudicialis.

Rechtsgeschichtliche Abhandlung

von

Dr. R. Stintzing,

Privatdocenten in Heidelberg.

Heidelberg.

Akademische Anstalt für Literatur und Kunst.

(Karl Groos.)

1853.

Roma 991

JUN 27 1921

Inhalt.

Seite

Die allgemeinere Bedeutung unſerer Unterſuchung . . V.

§. 1. Die herrſchende Anſicht 1

I. Vergleichung des juriſtiſchen Weſens der Legis actio Sacramento und des Verfahrens per sponsionem praejudicialem.

§. 2. Bedeutung der provocatio sacramento. — In unſerer L. a. wird nicht wie im Sponſionsproceß eine neue Rechtsfrage geſchaffen 4

§. 3. Die intentio in beiden Proceßformen. — Das vindicias dicere 17

§. 4. Welches Recht wird in judicium deducirt? 27

§. 5. Wie lautete das Urtheil? 31

§. 6. Fortſetzung 36

II. Hiſtoriſcher Zuſammenhang.

§. 7. Die herrſchende Anſicht 41

§. 8. Die Combination der sponsio praejudicialis mit der L. a. sacramento 43

§. 9. Kritik der gegneriſchen Anſichten über die geſchichtliche Stellung des Sponſionsproceſſes 55

§. 10. Unſere Anſicht 69

Berichtigung:

S. 26 Z. 3 v. o. lies „aufzustellen", statt „aufgestellten"

Wer nicht mit Wagner'schem Behagen in der Ergründung des Kleinen und Besonderen seine wissenschaftliche Befriedigung findet, der wird seine speciellen Untersuchungen in stetem Zusammenhange mit dem Ganzen und Allgemeinen betrachten: und wenn er mit ihnen in die Oeffentlichkeit tritt, so wird es ihm Bedürfniß sein, auf jenen Zusammenhang hinzuweisen, in dessen Bewußtsein er guten Muthes die engen Seitenwege verfolgte, wohl wissend, daß und wo sie ihn in das Lichte zurückführen würden. Wir geben aber nicht blos einem subjectiven Bedürfnisse nach, wenn wir im Folgenden die Beziehung unserer Untersuchung zu den allgemeineren Aufgaben historischer Rechtswissenschaft hervorheben: sondern wir glauben, daß es für eine fruchtbare Beurtheilung rechtsgeschichtlicher Fragen nothwendig sei, an die höheren Gesichtspunkte zu erinnern, auf denen sich das Einzelne nur als Glied des Ganzen, und die Geschichte

des Rechts selbst, nur als Zweig der allgemeinen Kulturgeschichte eines Volks darstellt.

Knüpfen wir an das Nächste an, so dürfen wir in Bezug auf die Geschichte des Römischen Processes unsere Frage eine fundamentale nennen. Denn sie verlangt Auskunft über den Einen wichtigen Punkt: wie frühe die Römer eine dem Wesen des dinglichen Rechts entsprechende Proceßform besaßen. — Wer aber in rechter Würdigung die Disciplin des Röm. Processes nicht für ein „Arcanum der Hochgelehrten" hält, sondern sie, mit dem Meister auf diesem Gebiete, als eine „elementäre" betrachtet: für den bedarf es nicht erst des Nachweises, durch welche Mittelglieder unsere Untersuchung mit dem Großen und Ganzen der Rechtswissenschaft in Verbindung stehe.

Allein wir glauben noch höher greifen, und die Bedeutung, welche wir allgemein dem Processe für die geschichtliche Erkenntniß des Rechts beimessen, auf Einem Punkte ganz besonders unserer Frage vindiciren zu dürfen.

Es giebt uns die Geschichte des Processes den Maaßstab an die Hand, um für die Rechtsgeschichte zu bestimmen, wie weit und wie klar, wie scharf und wie sicher in jeder Periode die einzelnen Rechtsbegriffe ent-

wickelt ſind. Denn wie wir nur das Recht ein wahres nennen können, für deſſen Schutz bei den Gerichten Vorſorge getroffen iſt; ſo dürfen wir umgekehrt ſagen, daß ein Volk für jeden Rechtsbegriff, der wirklich in ihm lebt, auch diejenigen proceſſualiſchen Formen und Organe ſchaffen wird, welche dem inneren Weſen dieſes Rechts entſprechen. Vor Allem und ohne Ausnahme gilt dies von der Römiſchen Nation, ſo lange ſie ſich in der glücklichen Lage befand, die rechtlichen Ueberzeugungen, welche ihr kräftiger Geiſt geſtaltete, ohne Hemmniſſe in das Leben hinüber zu führen: und für dieſe wichtigſte Zeit müſſen wir die Geſchichte des Römiſchen Proceſſes als ſichere Scala für die Entwicklung der Römiſchen Rechtsbegriffe anſehen.

Wer von dieſem Geſichtspunkte die über unſere Frage herrſchende Anſicht betrachtet, kann ſich den befremdenden Eindruck nicht verhehlen, welcher die Conſequenz ihres Reſultats hervorrufen muß. — Daß das Römiſche Volk um die Zeit, wo ſein Recht in die beglaubigte Geſchichte eintritt, keine proceſſualiſche Form beſeſſen habe, in welcher das practiſche Weſen und der rechtliche Begriff des Eigenthums ſeinen vollen und wahren Ausdruck fand; — daß es dies Organ der Rechts-

verfolgung erſt in der Periode erzeugt haben ſoll, als ſein politiſcher Geſichtskreis ſich längſt über die Gränzen Italiens hinaus erweitert, und der nach Rom gezogene Weltverkehr bereits die Schranken der alten Rechtsbegriffe durchbrochen hatte: dies iſt eine Vorſtellung, welche mit Allem, was wir ſonſt von dem Charakter des alten Römervolkes und ſeines Rechts wiſſen, in Widerſpruch zu ſtehen ſcheint.

Es giebt kein Recht, welches einfacher wäre und dem natürlichen Bewußtſein näher läge, als das Eigenthum. Keine Rechtsidee ſcheint aber auch dem urſprünglichſten Weſen gerade des Römiſchen Geiſtes mehr zu entſprechen, als die der abſoluten Beherrſchung der Sache; in keinem Rechtsbegriffe ſcheint ſich dieſer Geiſt ſo ſichtlich auszuprägen, wie in dem des Eigenthums, den kein anderes Volk mit gleicher Schärfe hingeſtellt hat. — Es iſt derſelbe Geiſt des „disciplinirten Egoismus", wie ihn Iherings glückliche Feder bezeichnet, welcher im Großen dem Römiſchen Volke ſeine Bahn zur abſoluten Unterwerfung alles Fremden ſeit frühen Zeiten wies, und in den kleineren Verhältniſſen des Privatlebens dem Bürger ſeine Rechtsbegriffe dictirte. Die abſolutiſtiſche Stellung des Römiſchen Staats gegen Alles außer ihm, findet ihr

Seitenstück an dem einzelnen Bürger in seiner privatrechtlichen Sphäre; und diese Abgeschlossenheit und Autonomie des paterfamilias mußte von allen Rechtsbegriffen gerade den des „meum est ex jure Quiritium“ am frühesten und klarsten zum Bewußtsein bringen.

Wir sehen den Römischen Staat und seine Kultur mit der absoluten Negation gegen alles Fremde beginnen. Aber in gleichem Schritte wie jener das Fremde als Unterworfenes umspannt, erschließt sich die Kultur, um die allgemeinen Strömungen in sich aufzunehmen; und den entsprechenden Gang beobachten wir in der Entwicklung des Rechts, dessen Schranken sich allmählig den milderen und freieren Anschauungen des jus gentium eröffnen. — Auch die Geschichte des Eigenthums zeigt uns nicht einen Fortschritt zur Starrheit und Abgeschlossenheit; wir finden nicht, daß der specifische Begriff des Römischen Eigenthums im Bewußtsein schärfer hervortrete oder mit strengerer Consequenz durchgeführt werde: sondern wir sehen, daß er an Bedeutung sowohl, wie Gehalt verliert, indem die jura in re aliena seinen Inhalt mehr und mehr durchlöchern, ja seinen öconomischen Werth partiell ersetzen, und neben dem „meum est“ ein System biegsamer Rechtsverhältnisse sich bildet, die

eine totale Beherrschung der Sache mit fast gleicher Sicherheit begründen.

Mit dieser Anschauung der geschichtlichen Entwicklung des Eigenthumsbegriffs läßt sich jene von der Geschichte des Eigenthumsprocesses nicht vereinigen. Unserm oben aufgestellten Grundsatze gemäß würden wir aber unsere Anschauung rectificiren müssen, wenn wir genöthigt wären, als wahr anzuerkennen, was so allgemein von der Entwicklung des Eigenthumsprocesses behauptet wird; zugleich aber müßten wir Verzicht darauf leisten, bei der Römischen Nation in der Entwicklung seines Rechts und seiner übrigen Kultur ein Ebenmaaß zu erkennen.

Um diesen Preis schien es uns der Mühe werth, unsere specielle Frage noch einmal gründlich zu prüfen; und wer uns dabei zu folgen geneigt ist, wird finden, daß es uns nicht darum zu thun war, die Zahl der Hypothesen um eine neue zu vermehren; daß vielmehr unser Bestreben durchgehends dahin ging, die herrschenden Ansichten auf das Maaß der sicheren Quellenzeugnisse zurückzuführen.

§. 1.

Bei den zahlreichen Schriftstellern, welche sich in neuerer Zeit mehr oder minder ausführlich mit Erörterungen über die Legis actio sacramento und das Verfahren per sponsionem praejudicialem beschäftigt haben, tritt durchgängig die Meinung hervor, daß wir in jener älteren Prozeßform das Vorbild dieser jüngeren zu erkennen hätten. Man erklärt demgemäß das sacramentum für eine Wettsumme, und behauptet, daß, wie in dem durch sponsio praejudicialis eingeleiteten Verfahren der Richter nur über die Verpflichtung zur Zahlung der spondirten Summe zu entscheiden hatte, ebenso in dem Sacramentsprozesse die eigentliche und förmliche Aufgabe des Richters nur in der Entscheidung über die Frage, wessen Wette gut, wessen verloren? *) bestanden habe.

Es ist diese Auffassung der Legis actio sacramento mit besonderer Klarheit von Keller in seinem Epoche machenden Werke über die Litiscontestation hingestellt, und eine Begründung versucht worden durch Berufung auf die Analogie der sponsio praejudicialis, auf die große formelle Bedeutung des sacramentum und auf eine Stelle des Cicero (pro

*) Vrgl. statt Vieler Keller, Litis Contest. S. 189 ff. Desselben Civilprozeß S. 55 ff.

Caec. 33.) wo sich der Ausdruck: „sacramentum justum judicare“ findet. Sehen wir davon ab, daß inzwischen die Zahl der Stellen, welche für den erwähnten Ausdruck angeführt zu werden pflegen, allerdings vergrößert wurde, so werden wir behaupten dürfen, daß, seitdem jene Keller'sche Ansicht zwar herrschend, allein keineswegs durch neue Gründe von irgend welcher Erheblichkeit unterstützt worden ist. Vielmehr gilt sie im Allgemeinen als ein ausgemachtes Grunddogma für den römischen Prozeß und hat zur Begründung mehrfacher Theorien dienen müssen. *)

Wir haben uns von der Richtigkeit dieser Ansicht nicht zu überzeugen vermocht. Wir halten namentlich den aus der angeblichen Analogie der sponsio praejudicialis hergenommenen Grund für verkehrt, und glauben vielmehr, daß der Sponsionsprozeß und die Legis actio sacramento zwei völlig disparate Institute sind, welche weder durch ihr juristisches Wesen, noch durch die geschichtliche Entwicklung des Römischen Prozesses zu einander in dem gewöhnlich behaupteten Verhältnisse stehen.

In der Vorrede zum Berliner Lectionscatalog für das Wintersemester 1850/51 hat Rudorff bereits darauf aufmerksam gemacht, daß es unrichtig sei, das Verfahren per sponsionem als einen Ueberrest der Legis actio sacramento zu betrachten. Es werden dort die Verschiedenheiten hervorgehoben: daß, während beide Partheien das sacramentum leisteten, dagegen die sponsio praejudicialis nur Eine Parthei zu einer Zahlung verpflichtete, und daß, während die summa sacra-

*) Man vergl. z. B. die neue Schrift von Römer, das Erlöschen des klägerischen Rechts, wo sie das Evangelium des ersten Abschnitts bildet.

menti dem öffentlichen Schatze anheimfiel, dagegen die summa sponsionis praejudicialis gar nicht einmal beigetrieben wurde; daß andererseits bei der sponsio poenalis der Sieger das Geld erhielt, während das sacramentum keiner Parthei zu Nutzen kam; sowie endlich, daß die summa sacramenti gesetzlich fixirt war, die Bestimmung der Sponsionssumme dagegen in der Hand der Partheien lag.

Wenn uns gleich die von Rudorff hieran geknüpfte Erörterung über das Wesen und den Zweck der sponsio praejudicialis in ihrem Resultate nicht richtig scheint, so meinen wir doch, daß die erwähnten Puncte zu einer nochmaligen Prüfung der Frage, mehr als bisher geschehen, hätten veranlassen müssen, da wir offenbar nicht berechtigt sind anzunehmen, daß jene evidenten Verschiedenheiten der in Rede stehenden Prozeßformen, reine Zufälligkeiten seien. Sie sind vielmehr von vornherein geeignet, erhebliche Bedenken gegen die Analogie zu erheben, auf welche die herrschende Theorie über die Legis actio sacramento gebaut ist.

Unsere Untersuchung wird sich zunächst auf eine Vergleichung des juristischen Wesens der Legis actio sacramento mit demjenigen des Verfahrens per sponsionem praejudicialem richten. Nachdem es uns, wie wir hoffen, gelungen sein wird, die gründliche und wesentliche Verschiedenheit dieser beiden Institute nachzuweisen, werden wir uns zu einer Betrachtung ihres historischen Verhältnisses wenden, und erkennen, daß das Verfahren per sponsionem praejudicialem in der Entwickelungsgeschichte des Römischen Prozesses keineswegs die ihr so allgemein und zuversichtlich angewiesene Stelle einnimmt.

I.

Vergleichung des juriſtiſchen Weſens der Legis actio sacramento und des Verfahrens per sponsionem praejudicialem.

§. 2.

Es iſt eine bekannte Thatſache*), daß es bei den Römern ſeit den älteſten Zeiten Sitte geweſen, beliebige Streitfragen dadurch zum Gegenſtande richterlicher Cognition zu erheben, daß man ihre Entſcheidung vertragsmäßig zur Vorausſetzung eines privatrechtlichen Anſpruchs machte. Man hat die zu dieſem Zwecke eingegangenen Contracte in neuerer Zeit häufig Wetten genannt; es iſt indeß dieſe Bezeichnung nicht völlig treffend, da bei der Wette die Abſicht der Partheien weſentlich auf Gewinn und Verluſt gerichtet iſt, während bei der altrömiſchen sponsio praejudicialis nur die Entſcheidung über die Vorfrage den Zweck der Contrahenten bildet.

Die sponsio praejudicialis war ein bedingter**) Vertrag. In der ſtrengen Form des Verbalcontracts verpflichtete ſich der künftige Beklagte, ſeinem Gegner eine beſtimmte Summe zu bezahlen, wenn die von Letzterem aufgeſtellte Behauptung

---

*) Vrgl. die vielen Belegſtellen bei Keller, Semestria I. p. 6. ff.

**) Wir werden dieſe Bezeichnung auch künftig brauchen, obgleich man gegen ihre Correctheit Zweifel erheben könnte. Allerdings iſt die Thatſache derentwegen ſpondirt wird, objectiv nicht ungewiß. Allein ihre Exiſtenz haben wir auch keineswegs als die Bedingung der sponsio zu betrachten. In der That iſt aber die Verpflichtung zur Zahlung der ſpondirten Summe von dem Ausfalle der Entſcheidung des Richters oder von dem Gelingen des Beweiſes abhängig gemacht — und dieſe Thatſache iſt allerdings eine in der Zukunft ungewiſſe.

ſich als wahr erweiſen würde. Es entſtand alſo eine ſtreng civile Obligation, für deren juriſtiſches Weſen es zunächſt gleichgültig war, welcher Art die thatſächliche Behauptung ſein mochte, von deren Beweis man die Leiſtungspflicht abhängig gemacht hatte. Unter allen Umſtänden hatte der Kläger, ſobald es zum Prozeß kam, ſich als Creditor zu geriren und ſeinen Antrag darauf zu richten, daß der Beklagte, da die Bedingung ſeiner Verpflichtung erfüllt ſei, zur Zahlung verurtheilt werden müſſe. Die Vorfrage mochte ſein, welche ſie wollte: die Rechtsfrage im Prozeß konnte immer nur die Zahlungspflicht des Beklagten ſein. Wenn daher auch den Partheien materiell nur daran gelegen war, ob es gelingen würde, den Beweis der ſcheinbar bedingenden Thatſachen zu führen, ſo mußte doch in den Augen des Gerichts die Frage über die Exiſtenz des obligatoriſchen Anſpruchs den Cardinalpunkt des Prozeſſes bilden.

Es kömmt nun darauf an, ob wir etwas Aehnliches in der Legis actio sacramento finden; denn nur, wenn wir dies bejahen müſſen, kann von jener Analogie die Rede ſein.

Zunächſt iſt, äußerlich betrachtet, anzuerkennen, daß das sacramentum ähnlich wie die sponsio als Mittel zur Einleitung eines Rechtsſtreites erſcheint. Gleichwie bei dem Sponſionsverfahren geſagt wird sponsione provocare, sponsione certare, sponsione lacessere u. ſ. w., ſo heißt es auch bei unſerer Legis actio: sacramento provocare, sacramento agere, sacramento contendere u. ſ. w. *) Sponſion und Sacrament nehmen alſo, äußerlich angeſehen, für die Vor-

*) Dieſe verſchiedenen Wendungen finden ſich Gai. 4. §. 12. 16. 93. 95. Cic. pro Caec. 32. in Verr. II, 3, 57. d. Orat. 1, 10. ad Div. 7, 32. in Pison. 23. in f. Val. Max. II, 8, 2. — VII, 7, 2.

bereitung des Rechtsſtreits allerdings eine analoge Stellung ein; ſollen ſie aber auch für ſeine juriſtiſche Geſtaltung von gleicher Bedeutung werden, ſo muß ſich in ihnen ein und daſſelbe juriſtiſche Element vorfinden.

1. Die Sponſion iſt ein zweiſeitiger Act, ein Vertrag, geſchloſſen durch Frage und entſprechende Antwort. — Das sacramentum iſt nach gewöhnlichem Sprachgebrauch Nichts als eine Geldſumme von 500 oder 50 Aß; wir werden daher, wenn wir einen Vergleich ziehen wollen, dieſen nicht an das sacramentum ſelbſt, ſondern nur an die Form und Modalitäten der Zuſage oder Leiſtung der Sacramentsſumme anknüpfen können.

Urſprünglich wurde, wie wir durch Varro wiſſen, das sacramentum von jeder Parthei baar (apud pontificem oder ad pontem) deponirt; der Sieger konnte ſein Geld zurücknehmen, das des Beſiegten floß ins Aerar. *) Als ſpäter an die Stelle baarer Hinterlegung die Verſicherung durch praedes getreten war, mußte, wie Gaius berichtet, jede Parthei dem Prätor ihre praedes ſtellen; nur diejenige aber, welche unterlag, hatte nachher die Summe zu entrichten, welche dem öffentlichen Schatze zufiel. **)

In dieſen Nachrichten erſcheint die Beſtellung des Sacraments als eine Handlung, welche von jeder Parthei einſeitig, ohne Mitwirkung ihres Gegners vor dem Pontifex, ſpäter vor dem Prätor geſchehen mußte. Eben Daſſelbe beſtätigen auch die uns überlieferten Wortformeln, ſowie das ganze Ritual.

---

*) Varro d. L. L. ed. Müller V. §. 180. ed. Bip. p. 49.

**) Gai. 4. §. 13. — nam qui victus erat summam sacramenti praestabat poenae nomine, eaque in publicum cedebat, praedesque eo nomine praetori dabantur. Gai. 4. §. 16 — alios autem praedes ipse praetor ab utroque accipiebat saeramenti, quod in publicum cedebat.

Es heißt bei Gaius (4. §. 16) Deinde qui prior vindicaverat dicebat: „Quando tu injuria vindicavisti D aeris sacramento te provoco"; adversarius quoque dicebat: „Similiter ego te."

Dem entsprechend sind die Formeln bei Valerius Probus, welche man gewöhnlich auf die persönliche Sacramentsklage bezieht:

„Quando negas te sacramento provoco."

„Quando ais, neque negas te sacramento quingenario provoco."

„Quando negat sacramento quaerito."

Unzweifelhaft ist es nach den gewöhnlichen Regeln der Grammatik nothwendig, die Worte „sacramento te provoco" so zu übersetzen: „ich fordere, rufe Dich auf durch Sacramentum." Danach hatte die Aufforderung an die Gegenparthei keineswegs die Bestellung des Sacraments zum Zweck, vielmehr ist dieses Geschäft von jeder Parthei für sich mit der Obrigkeit abzumachen und das Sacrament erscheint nur als das Mittel, durch welches man die Gegner wirksam zum Rechtsstreite aufruft und sich selbst den Rechtsweg eröffnet.

Statt dessen hat man gewöhnlich die provocatio sacramento für eine provocatio *ad* sacramentum erklärt und man muß es sogar die herrschende Meinung nennen, daß eine Parhei die andere zur Sacramentsbestellung auffordere.

Wir dagegen, indem wir uns durch den grammatischen Sinn der Worte gebunden halten, nehmen an, daß in ältester Zeit jeder Litigant für sich bei jenen Provocationsworten die Summe baar deponirte; daß aber später, als die praedes die Stelle des baaren Depositum vertraten, die Sacramentsbestellung in dem Gebrauch jener Pro-

vocationsformel selbst lag, indem sich dadurch jede Parthei dem Aerar unmittelbar verhaftete.

Nur diese Ansicht macht es begreiflich, daß uns in den Beschreibungen des Rituals nirgends ein eigentlicher, besonderer Act der Sacramentsbestellung erwähnt wird. Und doch müßte ein solcher Act als wesentlicher Zweck der provocatio nachfolgen, wenn die gewöhnliche Erklärung richtig wäre. Nun berichtet uns Gaius zwar allerdings, daß zur Sicherheit für das sacramentum dem Prätor praedes gegeben seien zum Schlusse der ganzen Legis actio: daß aber die eventuelle Zahlungspflicht dem Aerar gegenüber besonders übernommen sei, wird uns nirgends erzählt. *) Wie sonderbar aber, daß das Ritual gerade für den Act keinen Raum enthält, welcher nach jener Erklärung das Ziel der Procedur sein mußte.

Außerdem aber müßte man nach jener Erklärung eine Antwort auf die angebliche Aufforderung erwarten, aus welcher Parthei und Obrigkeit erführen, ob der Gegner der ihm gestellten Zumuthung zu entsprechen geneigt sei. — Allein wir finden nur, daß von beiden Seiten gleichmäßig dieselbe provocatio sacramento ausgeht und daß damit die Legis actio wesentlich ihre Endschaft erreicht hat. Die angebliche provocatio *ad* sacramentum würde also als eine Zumuthung erscheinen, auf welche weder wörtlich noch thatsächlich eingetreten wird; als eine Anfrage, auf welche statt der Antwort eine gleichlautende Gegenfrage erfolgt.

Wir müssen aber wiederholen, daß es eine provocatio

---

*) Zwar nimmt Keller, Civilprozeß S. 54. 63. einen besonderen Act der Sacramentsbestellung an. Allein die dafür angeführten Belegstellen enthalten nichts Derartiges.

ad sacramentum gar nicht giebt *), vielmehr ist das Sacrament das Mittel, durch welches sich beide Theile den Rechtsweg eröffnen und in den Rechtsstreit rufen.

Forschen wir nach der Idee, welche diesem Institute des fernsten Alterthums zu Grunde liege, so wird es schwerlich gelingen, eine unumstößliche Erklärung derselben aufzustellen. Allein es sind uns dennoch so mannichfache Anhaltspunkte gegeben, daß es nicht zu kühn erscheint, wenn wir einen neuen Versuch wagen. **)

Wir gehen von dem wohl unbestrittenen Satze aus, daß die L. a. sacramento ihren Ursprung in einer Periode fand, wo das Privatrecht von einer Masse religiöser Elemente durch-

---

*) Es findet sich nach Forcellini in der ganzen Latinität ein einziges Beispiel, worin provocare aliqua re allenfalls durch „zu Etwas aufforbern", übersetzt werden könnte. Es heißt nämlich bei Macrob. Sat. 1, 10. med.: Ferunt enim — aedituum Herculis — — Deum *tesseris provocasse*. Dieses isolirte, an sich immerhin zweideutige Zeugniß der spätesten Latinität kann jedenfalls für das Verständniß uralter Formulare keinen Ausschlag geben. — Man darf sich aber auch auf die Analogie des Ausdrucks „sponsione provocare" nicht berufen. Wie dies zu verstehen ist, geht aus folgender Stelle deutlich hervor: Gai. 4. §. 93. — provocamus adversarium *tali* sponsione: Si homo q. d. a. ex jure Quiritium meus est, sestertios XXV. nummos dare spondes? — Die „Sponsio, qua adversarium provocamus" ist also die Anfrage durch welche, nicht das Versprechen, zu welchem der Gegner provocirt wird. Das Wort sponsio ist hier demnach gebraucht in dem engeren Sinne von stipulatio, einen Gebrauch, den auch Paulus 17. D. d. V. S. als zulässig zu bezeichnen scheint.

**) Wir schließen uns im Folgenden zum Theil der Erklärung an, welche Huschke in seiner Recension der Schrift von Asverus, Ueber die l. a. sacramenti (Richter's Jahrb. Jahrg. 8. S. 672—677) gegeben hat: nur daß wir weder an einen Zweikampf, noch an eine Heiligung der Person mit Leib und Leben — und somit nicht an Huschke's Grundgedanken — glauben; obgleich sich für denselben neuerlich auch wieder Rudorff (in seinen gromatischen Institutionen §. 70. Röm. Feldmesser Bd. 2. S. 426) ausgesprochen hat.

wachsen und daher unter Anderm auch das innige Verhältniß der Pontifen zur Rechtspflege ein ganz naturgemäßes war. Aus den Anschauungen dieser Zeit werden wir unsere Erklärung zu construiren haben.

Das Wort sacramentum bezeichnet in seiner etymologischen, ursprünglichen Bedeutung Nichts als ein Mittel zur Weihe, das medium, durch welches man weiht. *) Wie das Object der Weihe, so kann auch das Mittel derselben ein verschiedenes sein. Das Eine dieser Mittel ist der Eid, die feierliche Anrufung der Gottheit, durch welche der Mensch sich selbst ihr weiht — und dieses gewöhnlichste Mittel führt vorzugsweise den Namen sacramentum. **) — Abweichend davon nach Form und Object, besteht ein anderes sacramentum darin, daß nicht der Mensch selbst, sondern ein Theil seines Vermögens durch Uebergabe in Priesterhand der Gottheit verpfändet wird — und dies ist unser sacramentum. Das Weihemittel, sacramentum im eigentlichen Sinne, ist die Depositon in sacro, apud pontificem, und in ganz natürlicher Weise ist der Name von der Handlung auf das Object derselben übertragen. ***)

---

*) Es ist gebildet von sacro, are, ganz ebenso wie z. B. ornamentum, velamentum, alimentum von ornare, velare, alere. — Vrgl. über sacrare und sacramentum Hartung, Religion d. Römer Bd. 1. S. 138 ff. Festus s. v. Sacer mons von den Worten „Gallus Aelius ait.“ — Macrob. Saturnal 3, 7.

**) Es scheint uns ein Fehler von Ihering (Geist des R. R. S. 265 ff.) zu sein, daß er bei seiner Erklärung der l. a. sacramento nicht auf die ursprüngliche Bedeutung des Wortes zurückgeht, sondern an die abgeleitete anknüpft. Wir glauben es uns daher erklären zu müssen, daß er gerade den Eid herbeizog, dessen er im Grunde für seine Anschauung gar nicht bedarf.

***) Eine naheliegende Analogie bieten die Worte fiducia, pignus u. s. w.

Es entſpricht dem Character der älteſten Zeit vollkommen, daß man von Demjenigen, welcher einen Ausſpruch über ſein Recht und Schutz deſſelben begehrt, zuerſt und vor Allem verlangte, daß er einen Theil des Seinigen den Göttern weihe, unter deren Schutz das Recht ſtand, deren Diener es bewahrten. In dem myſtiſchen Begriff der Weihe liegt aber der Gedanke eingeſchloſſen, daß das geweihte Object den Göttern zu Rache und Strafe verpfändet ſei. In dieſem Sinne weiht der Schwörende ſein Haupt und der Meineidige iſt der göttlichen Rache verfallen (homo sacer); der Rechtſuchende aber weiht einen Theil ſeines Vermögens, damit er an dieſem geſtraft werde, wenn er unrechtlich die göttliche Hülfe in Anſpruch nahm.

Es iſt demnach der Act der Weihe für jede Parthei das Mittel, um ſich den Rechtsweg zu eröffnen und zugleich den Gegner auf denſelben zu rufen; und der praktiſche Zweck des sacramentum für die Partheien iſt kein anderer, als der, ſich die Befugniß zur Verfolgung und Vertretung ihres Rechts zu verſchaffen. Eben daher erſcheint denn auch die Sollemnität als eine Handlung, welche jeder Litigant für ſich allein, in ſeinem eigenen Intereſſe vollzieht: denn Jedem muß gleichviel daran gelegen ſein, daß ſein Recht unter dem Schutze der Götter gewahrt werde.

Dieſer Sinn der Sollemnität ſcheint uns für die Zeit unverkennbar, wo, wie wir annehmen, die Geldſumme in dem Augenblicke deponirt wurde, wenn jede Parthei ihre Provocationsformel ſprach. *) Wir können für dieſe Zeit die Worte:

*) Es iſt hier von der Zeit die Rede, wo die Rechtspflege in der Hand der Pontifen war. Puchta, Inſtitut. Bd. 1. S. 141 ff. Ihering, Geiſt des R. R. Bd. 1. S. 212—268.

„Sacramento te provoco“ unbedenklich ſo paraphraſiren: „Indem ich hiemit die Weihe vollziehe, rufe ich Dich zum Rechtsſtreite auf.“ — Daß der Character des Rituals ſpäter, als die Depoſition weggefallen war, ein weſentlich anderer geworden ſei, iſt nicht zu vermuthen; aus der uns bekannten Aenderung folgt dies mindeſtens keineswegs. Allerdings iſt einer ſpäteren Periode jener religiöſe Sinn ſchwerlich mehr bewußt geweſen. Vielmehr beweist das Entſtehen anderer legis actiones, welche die älteſte in ihrer ausſchließlichen Gültigkeit beeinträchtigten *), daß man die Nothwendigkeit einer religiöſen Weihe für bürgerliche Rechtshändel nicht mehr anerkannte. Es verſchwindet die Mitwirkung des Pontifex und aus der geweihten Summe wird ein profanes Succumbenzgeld. Allein wie der Name blieb

---

*) Zwar vindicirt Keller (Civilproceß S. 71) der l. a. per judicis postulationem gleiches Alter mit der l. a. sacramento. — Wir können Dem nicht beipflichten, geſtehen aber gerne, daß in dieſer Frage einſtweilen von directen Beweiſen weder für, noch gegen die Rede ſein könne. Die Anſicht wird ſich vornämlich danach richten, welche Anſchauung von dem Entwicklungsgang des Röm. Rechts ſich bei Jedem ausgebildet hat. Von dieſem Standpunkte aus müſſen wir bekennen, daß uns die ganze Entwicklung des Röm. Rechts unbegreiflich wäre, wenn ſchon die älteſte Rechtspflege das „mite, moderatum“, neben dem „directum, asperum, simplex“ in ſolchem Umfange anerkannte, daß ſie ſogar ein eigenes proceſſualiſches Organ dafür ſchuf. Es ſcheint uns das bnrchſtehende Geſetz der Geſchichte des Röm. Rechts zu ſein, daß ſie, auf allen Punkten mit dem Einfachen und Strengen beginnend, ſich erſt allmählich zur Entwicklung und zum Kampfe der Gegenſätze fortbewegt. — In engem Zuſammenhange hiemit ſtehen die Fragen, welche neuerlichſt von Dr. Bekker in ſeiner Recenſion der neu edirten Agrimenſoren (krit. Zeitſchr. Heft 5 S. 441 ff.) angeregt ſind. Die dort gegebenen Andeutungen ſind geeignet, unſer lebhaftes Intereſſe und den Wunſch nach einer baldigen näheren Ausführung zu erwecken. — S. auch Dr. Dernburg's Recenſion von Keller's Civilproceß in demſelben Heft S. 471. Die dort angeregten Zweifel hinſichtlich der fiducia ſcheinen uns aber nicht nothwendig. Unzweifelhaft beruhte die Kraft der fiducia auf dem

und wie sich die alte Tradition in der Bestimmung des Geldes für die sacra *) conservirte: so erhielt sich auch seine juristische Bedeutung als eines sollemnen Mittels zur Eröffnung des Rechtsweges. Und diese Sollemnität war vollzogen in dem Augenblicke, wo der Streitende mit den alten Formeln erklärte, daß er sacramento provocire, indem er dadurch kraft allgemeiner traditioneller Satzung sich für den Fall des Unterliegens zum Verluste der gesetzlich normirten Summe verhaftete. Eben daher wird uns zwar wohl berichtet, daß wegen dieser Haftung dem Prätor reelle Sicherheit durch praedes geleistet sei, nirgends aber findet sich erwähnt, daß die Litiganten die eventuelle Zahlungspflicht ausdrücklich übernommen hätten.

2. Wir sehen also, daß die der L. a. sacramento zu Grunde liegende Idee, soweit sie sich in der Sollemnität des Sacraments ausspricht, mit der sponsio gar Nichts gemein hat.

Bliebe man aber auch dabei an eine provocatio *ad* sacramentum zu glauben, so müßte man doch, um auch nur formell eine Analogie zwischen dieser und der sponsio construiren zu können, sich die Procedur so vorstellen, als fordere der Eine den Andern auf, die Zahlung einer Summe für den Fall des Unterliegens zu versprechen, und als werde dies Versprechen in der That an den Gegner geleistet. Man würde auf diese Art aus den Sollemnitäten des Sacramentsprocesses einen der

---

Satz der XII Taf. über die nuncupatio. Was aber die XII Taf. für „jus" erklären, ist doch wohl jus strictum, oder, um Keller's Worte zu brauchen, „objectiv feststehendes Recht." Daß die a. fiduciae schon lange vor Cicero bonae fidei war, entscheidet für die älteste Zeit, von welcher wir reden, nicht. Sie hat diesen Character gewiß frühzeitig angenommen, weil sie eine Anzahl von Geschäften umfaßte, welche, wie irgend andere, eine freiere Behandlung verlangten.

*) Festus s. v. Sacramentum aes.

sponsio allenfalls vergleichbaren zweiseitigen Act herausfinden. Es fragt sich nur, ob diese Vorstellung einen haltbaren Boden in dem uns überlieferten Ritual findet. Man wird aber gestehen müssen, daß z. B. die Worte: „quando tu injuria vindicavisti — sacramento te provoco" unmöglich bedeuten können: „ich fordere Dich auf ein Sacrament zu versprechen für den Fall, daß Du mit Unrecht vindicirt haben solltest" *), und daß noch viel weniger die Formel: „Quando ais, neque negas, sacramento te provoco" in einem ähnlichen Sinne gedeutet werden kann. — Wo aber bleibt außerdem die Antwort, die bedingte Zusage, welche doch die Hauptsache sein müßte, sowohl für die Vollendung der Procedur, wie namentlich auch für die Vergleichung mit der sponsio?

Allein wir wollen uns der viel wesentlicheren innern Seite der Sache zuwenden.

Die Sponsion, als ein zwischen den streitenden Theilen geschlossener Contract, schafft unter ihnen ein neues Rechtsverhältniß. Der Beklagte übernimmt bedingungsweise die Pflicht der Zahlung einer Summe an den Kläger — und der Kläger erwirbt ein bedingtes Recht auf die Zahlung.

Treffen wir etwas Aehnliches an in der l. a. sacramento?

Wir werden dies von vornherein verneinen, wenn wir die hier vertheidigte Auffassung des Sacraments festhalten. Allein selbst wenn wir annehmen, daß eine Parthei die andere „ad

*) Die Möglichkeit dieser Uebersetzung muß indeß z. B. Wetzell (Vindicationsproceß S. 44.) annehmen, wenn er den Sacramentsproceß ohne Bedenken so construirt: „Es fordert eine Parthei wechselsweise die andere auf, die Sacramentssumme unter der Bedingung zu versprechen, daß ihre (der Gegenparthei) Intention nicht zu Recht bestehe."

sacramentum“ provocire, so werden wir doch zugestehen müssen, daß hier von der Entstehung eines neuen Rechtsverhältnisses zwischen ihnen nicht die Rede sei. Denn nicht dem Kläger gegenüber verpflichtet sich der Beklagte die summa sacramenti zu bezahlen, noch umgekehrt; keiner Parthei erwächst ein auch nur eventuelles Recht an das sacramentum der andern; es werden daher auch nicht ihr, sondern dem Magistrate die praedes gestellt, weil nur das Aerarium einen Anspruch auf die Summe des Unterliegenden hat.

Es ist nun aber gerade der Zweck der sponsio praejudicialis ein Rechtsverhältniß zwischen den Partheien zu begründen, damit die darauf beruhende juristische Frage der formelle Gegenstand des Processes werde.*) Denn wie Gaius (4. §. 93.) uns berichtet, macht der Kläger in dem durch Sponsion eingeleiteten Verfahren sein contractliches Recht geltend mit der intentio: „adversarium nobis dare oportere sponsionis summam.“

Auf diesem durch die intentio vorgeschriebenen Wege muß die weitere Verhandlung fortgeschritten sein **), indem das bedingte Forderungsrecht des Klägers für das ganze Verfahren der formelle und juristische Gegenstand blieb.

Etwas Aehnliches ist bei dem Sacramentsprocesse gar nicht denkbar, eben weil eine neue juristische Frage zwischen den Partheien nicht entstanden ist. Oder welcher Art sollte dieselbe sein?

---

*) Gai. 4. §. 94. — propter hoc solum fit (sponsio) ut per eam de re judicetur.

**) Gai. 4. §. 93. — deinde formulam edimus qua intendimus sponsionis summam nobis dare opertere; qua formula ita demum vincimus, si probaverimus rem nostram esse.

Daß der Beklagte schuldig sei die summa sacramenti ihm zu bezahlen, kann der Kläger nicht behaupten; denn ihm ist Nichts versprochen und nicht er, sondern das Aerar hat einen bedingten Anspruch. — Sollte aber der Kläger etwa das Recht des Aerars vertreten? Die Monstrosität dieses Gedanken wird am deutlichsten, wenn man sich erinnert, daß ja das Aerar keineswegs gegen Eine bestimmte Parthei, sondern vielmehr gegen alle beide einen eventuellen Anspruch hat; daß also der Beklagte ebenso gut wie der Kläger sich als Vertreter des Aerars ansehen müßte, und daß demnach das Aerar durch zwei Procuratoren einen Proceß mit sich selbst führen würde!

Wenn nun im Verfahren per sponsionem gerade das aus diesem Vertrage entsprungene Rechtsverhältniß das juristische Element des Processes bildet*), durch das sacramentum hingegen ein Rechtsverhältniß zwischen den Partheien gar nicht geschaffen wird: so ist nicht einzusehen mit welchem Grunde man behaupten kann, daß in der L. a. sacramento nicht um das eigentlich verfolgte Recht, sondern ebenso wie bei dem Sponsionsprocesse um eine neue, andere Rechtsfrage gestritten werde. — Man pflegt zu sagen, die zu entscheidende Frage sei nur: „utrius sacramentum justum sit.“ **) Allein man würde sich sehr täuschen, wenn man dies für eine juristische hielte; es ist vielmehr nur eine Frage nach dem secundären practischen Erfolg, welche nicht an sich, sondern nur durch Entscheidung einer Rechtsfrage gelöst werden kann. Ebenso wird es heutzu-

---

*) Gai. 4. §. 94. — propter hoc solum fit (sponsio) ut per eam de re judicetur.

**) Vergl. z. B. Keller, Civilproceß S. 55.

tage da, wo Succumbenzgelder vorkommen; von Erheblichkeit sein, wer dasselbe einbüßen werde: allein es wird Niemand behaupten wollen, daß dies die juristische Frage sei um welche sich der Proceß dreht. — Der Sponsionsproceß dagegen ist gerichtet auf die Entscheidung über die Zahlungspflicht des Beklagten, deren Rechtsgrund das juristische Element des ganzen Processes ist. Der Vertrag ist ein bedingter und daher wird die Zahlungspflicht abhängen von der Existenz der Bedingung: allein das Mittelglied zwischen der Bedingung und der Zahlungspflicht, der Vertrag selbst, ist eben der eigentliche Knotenpunkt des ganzen Rechtsstreites und gerade an diesem Mittelgliede, dieser neu geschaffenen Rechtsfrage fehlt es in der L. a. sacramento.

Es ergiebt sich demnach die Unmöglichkeit, daß in der L. a. sacramento eine andere Rechtsfrage als die eigentliche und hauptsächliche den formellen Gegenstand des Processes ausmachen könne; vielmehr muß, wenn z. B. ein Streit über das Eigenthum schwebte, nur dieses Recht allein und unmittelbar dem Richter zur Untersuchung und Entscheidung vorgelegen haben. Der Ausspruch über den sacramentum schloß sich hieran als secundärer.

Wenn nun aber dieses Resultat, welches den behaupteten Parallelismus zwischen dem Sponsionsverfahren und der L. a. sacramento in seinem Grunde aufhebt, richtig ist, so müssen sich die Consequenzen im Einzelnen erkennen lassen und wir werden im Folgenden versuchen dieselben nachzuweisen.

§. 3.

Daß der juristische Cardinalpunkt des Verfahrens per sponsionem praejudicialem nur das durch den Verbalcon-

tract begründete persönliche Recht ist, zeigt sich vor Allem in der intentio der Formel, welche nach Gaius *) auf dare oportere lautete. Es wird also ausschließlich eine persönliche Klage **) in dem Processe verhandelt und für seine juristische Gestaltung ist es gleichgültig, welche Vorfrage zur Bedingung der spondirten Pflicht gemacht ist: der Sponsionsproceß ist derselbe, mag die Existenz eines dinglichen Rechts oder eine beliebige andere Thatsache zwischen den Partheien streitig sein.

Auch bei der Legis actio von einer intentio ***), oder einem Analogon derselben zu reden, unterliegt keinem Bedenken. Setzen wir die Wörter „Legis actionis" an die Stelle des Worts „formulae" so weist uns die Definition des Gaius (4. §. 41.) „Intentio est ea pars formulae qua actor desiderium suum concludit" ganz auf den rechten Weg, um die intentio in den Formularien der Legisactionen herauszufinden. Wir werden aber noch weiter gehen dürfen zu der Annahme, daß, wie sich actio in rem und in personam vor Allem durch die intentio unterscheiden, so auch diejenigen Legisactionen welche dingliche Rechte verfolgen, in der intentio wesentlich von den für persönliche Rechte bestimmten, abgewichen sein müssen.

Auch mit unserer Legis a. sacramento ist es nicht anders; denn nur dadurch war sie sowohl für dingliche, wie für persön-

*) Gai. 4. §. 93. Per sponsionem vero hoc modo agimus: provocamus adversarium tali sponsione: Si homo quo de agitur ex jure Quiritium meus est, sestertios XXV. nummos dare spondes? deinde *formulam edimus, qua intendimus sponsionis summam nobis dare oportere.* —

**) Gai. 4. §. 2. 3. 4.

***) Vergl. z. B. Keller, Proceß S. 53. 166.

liche Klagen brauchbar, daß in den Rahmen ihres Rituals je nach dem Bedürfniß bald eine persönliche, bald eine dingliche intentio eingefaßt werden konnte. Es wird daher allgemein auch angenommen, daß es außer dem uns von Gaius (4. §. 16.) erhaltenen Formular für dingliche, noch ein anderes mit anderer intentio für persönliche Sacramentsklagen gegeben habe. *)

Wir fragen nun zuvörderst, wie sich diese unbezweifelte Annahme mit der herrschenden Ansicht über die L. a. sacramento reimen lasse? Wenn bei dieser gar nicht das eigentlich verfolgte Recht, sondern eben wie bei der sponsio praejudicialis eine andere Frage, und nur „darin eingewickelt" **) jenes zum Entscheide gebracht wurde: wozu war denn bei der Legis actio sacramento die intentio nach der verschiedenen Art jenes Rechts eine verschiedene? Warum ist es in diesem Puncte ganz anders bei dem Verfahren durch *sponsio praejudicialis*, wo die intentio ungeändert eine persönliche bleibt, wenn auch das eigentlich verfolgte Recht ein dingliches ist? — Wir wüßten nicht was uns hierauf von dem Standpunkte der Gegner aus geantwortet werden könnte.

Nach dem, was wir im vorigen §. ausgeführt haben, ergiebt es sich dagegen als eine Nothwendigkeit, daß die dingliche Sacramentsklage eine andere intentio haben mußte als die persönliche: denn es ist ja nichts Anderes als das dingliche und persönliche Recht selbst, welches unmittelbar, formell

---

*) Die Versuche letzteres zu construiren weichen im Einzelnen von einander ab. Vergl. z. B. Heffter ad Gaii Comm. IV. §. 14. Puchta Verisimil. II. (kl. Schriften S. 364.) Keller S. 38, welcher, wie uns scheint, mit Recht, die Formel des Valer. Probus: „ajo te mihi dare oportere" hierher bezieht.

**) Keller Proceß S. 106.

und materiell den Inhalt des Proceſſes bildet. Und dies findet ſeine Beſtätigung in dem Formular der Vindication.*) Qui vindicabat, heißt es bei Gaius, dicebat: Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo," Worte die man ſchwerlich anders wird verſtehen wollen als die intentio **) der formula petitoria: „Si paret hominem ex jure Quiritium Auli Agerii esse." Man ſieht nicht wie es möglich ſein könnte, ein dingliches Recht deutlicher zu behaupten, als es in jenen Worten der Legis actio geſchieht.***) Und dennoch ſollte dies in der intentio behauptete dingliche Recht am Ende gar nicht der Gegenſtand des Proceſſes ſein? Man nimmt dies an, der vermeintlichen Analogie zu Liebe, allein man überſieht, daß dieſe ſich ſelbſt widerlegt: denn im Verfahren per sponsionem giebt die intentio die Rechtsfrage an, um die ſich der Proceß formell dreht — und die materielle Frage bleibt unerwähnt; hier dagegen ſoll, wie man behauptet, die Rechtsfrage welche die intentio angiebt nicht den formellen Gegenſtand des Proceſſes bilden, ſondern eine andere, welche unerwähnt bleibt?

Wie verträgt ſich dies mit der vermeintlichen Analogie und was iſt am Ende die in der L. a. sacramento zu verhandelnde Rechtsfrage, wenn es nicht die in der intentio begriffene ſein ſoll?

*) Gai. 4. §. 216.

**) Gai. 4. §. 3. 41. 92.

***) Dieſer Anſicht ſcheint auch der redliche Gripus im Rudens (IV. 3. v. 85.)

— Neque ego istas vostras leges urbanas scio,
Nisi quia, „hunc meum esse," dico!

und ebenſo meint Cicero (pro Murena 12.), daß das Weſentliche der Legis actio recht gut mit den Worten „Fundus Sabinus meus est: immo meus" hätte abgemacht werden können. Gai. 2. §. 194. — vindicare — id est intendere rem suam ex j. Q. esse.

Allein nicht bloß die Worte der intentio beweiſen, daß im (dinglichen) Sacramentsproceſſe recht eigentlich das dingliche Recht ſelbſt formell und materiell der Gegenſtand des Streites war; ſondern es wird dies beſtätigt auch durch die ganze Formalität der *vindicatio*. Wozu ſollte die Anweſenheit der Sache und das manus conserere dienen, wenn nicht eben dazu, um den vorhandenen und jetzt zum Austrag zu bringenden Rechtsſtreit, in einer dem älteſten Rechtsleben entſprechenden plaſtiſcher Form thatſächlich darzuſtellen? In der That wäre dies Ritual eine ſinnloſe Grimaſſe, wenn ſich hinterher der Proceß gar nicht um das Eigenthum, ſondern um eine perſönliche Pflicht drehte; und es iſt nicht einzuſehen was uns zu dieſer Annahme berechtigt, da kein Umſtand vorliegt, welcher verhinderte, daß ſich an die vindicatio ein judicium über das dingliche Recht anſchloß. *)

Wir fragen ferner: was ſollte das *vindicias dicere* nach der provocatio sacramento, wenn in Folge dieſer die Klage mit einem Male perſönlich wurde?

In die Geſtaltung eines dinglichen Proceſſes paßt jene prätoriſche Verfügung vollkommen. Um den zwiſchen den Partheien begonnenen gewaltſamen Streit zu beſeitigen, hebt der Prätor durch das Mittite ambo! den ganzen thatſächlichen Zuſtand auf und leitet die Sache auf den Rechtsweg hinüber. Keiner von Beiden ſoll hinfort aus eigner Machtvollkommenheit ſein vermeintliches Recht ausüben und bis nach ausgemachter Sache bleibt Alles in suspenso. Für die Dauer des Rechts-

*) Man hat dagegen zwar häufig einen ſcheinbar hiſtoriſchen Grund aus dem Verfahren per sponsionem hergenommen. Daß dieſer indeß völlig nichtig iſt, werden wir unten zeigen.

ſtreits aber wird durch das imperium des Prätor ein interimiſtiſcher Zuſtand geſchaffen: praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est *interim* aliquem possessorem *constituebat*. *) Der Beſitz welchen der Prätor hier verleiht, iſt ſeiner Natur nach interimiſtiſch, hat weder im Zwecke, noch im Grunde etwas Definitives; die ganze Verfügung iſt nur motivirt durch die vorhergegangene Aufhebung der thatſächlichen Verhältniſſe; ginge das mittite ambo! nicht voraus, ſo könnte der Prätor zwar wohl erklären, wer Beſitzer ſei und wer das Recht habe zu beſitzen: er wäre aber nicht befugt nach Gutdünken den Einen zum Beſitzer interimiſtiſch zu conſtituiren.

Wenn nun aber in unſerer Legis actio das dingliche Recht gar nicht der Gegenſtand des Proceſſes wäre, ſondern eben wie bei der sponsio praejudicialis eine Zahlungspflicht zur Frage ſtünde: worin läge dann die Veranlaſſung für den Prätor eine Verfügung über die Ausübung eines dinglichen Rechts zu treffen? Griffe der Magiſtrat dadurch nicht in ein Verhältniß ein, welches ſeiner Cognition gar nicht unterliegt? Decretirte er nicht über eine Frage, die gar nicht zu der Sache gehört, für welche er ein judicium zu ordiniren hat?

Wie wir in dem Verfahren per sponsionem, ſelbſt dann wenn es wegen eines dinglichen Rechts eingeleitet iſt, die vindicatio nicht antreffen, ſo iſt dort auch von einer dem vindicias dicere analogen Verfügung niemals die Rede. **) Es liegt dies in der Natur der Sache. Denn für die Geſtaltung

*) Gai. 4. §. 16.

**) Allerdings meint dies Römer, das Erlöſchen des klägeriſchen Rechts (Stuttgart 1852) S. 37, wo ſich die Behauptung findet, es ſei das Verfahren per sponsionem von der Legis actio sacramento im Weſentlichen durchaus nicht, und namentlich auch inſofern nicht abge-

des Processes ist es ganz gleichgültig, welcher Art die Frage sei, wegen deren spondirt worden; sie ist niemals etwas Andres als die Bedingung von deren Existenz das Recht des Klägers abhängt und diese ihre juristische Stellung zu der Rechtsfrage kann durch ihre practische Bedeutung für die Partheien nicht geändert werden. Es hat daher der Prätor dasselbe Verhalten zu beobachten, wie bei jeder andern persönlichen Klage; und sowenig er sonst Verfügungen zu treffen hat über thatsächliche Verhältnisse, welche außerhalb der ihm vorgetragenen Rechtsfrage liegen: ebensowenig kann es ihm hier beikommen bei Gelegenheit einer persönlichen Klage einen interimistischen Besitzstand zu reguliren.

Wir haben behauptet, daß bei dem Verfahren per sponsionem von der Verleihung der Vindicien niemals die Rede sei und darauf hingewiesen, wie dies mit der juristischen Natur dieser processualischen Form in nothwendigem Zusammenhang stehe. Da indeß nirgends von den Quellen diese unsere Ansicht ausdrücklich erklärt wird, so ist es um so nothwendiger hier auf die, der unsern entgegengesetzte Ansicht von Wetzell näher einzugehen.

Wetzell (Vindicationsproceß S. 74. ff.) ist der Meinung, daß die Verleihung der Vindicien auch im Sponsionsprocesse vorgekommen sei. Auf einem positiven Zeugnisse beruht

---

wichen, als auch im Sponsionsproceß die Vindicien ertheilt wurden. Dies soll sogar irgendwo als die nächste juristische Veranlassung zur „*satisdatio* durch *praedes l. v.*“ berichtet werden. Wir wissen weder, daß bei der sponsio praejud. eine satisdatio „durch praedes“ vorkommt — denn auch die von R. citirte Stelle Cic. in Verr. II., 1., 45, spricht von satis accipere *pro* praede l. v. — noch auch wo sich jener Bericht findet. Was hier sonst noch zu bemerken wäre, wird passender unten gegen die Beweisführung Wetzell's vorgebracht werden.

auch dieſe Meinung nicht und es ſind daher nur die von Wetzell angeführten indirecten Beweiſe zu prüfen.

Zuerſt ſucht Wetzell den Zweifel zu beſeitigen, welcher hergenommen werden könnte aus Gell. 20, 10. wo es heißt „In jure manum consertum" verba sunt ex antiquis actionibus, *quae cum lege agitur et vindictae contenduntur*, dici nunc quoque apud praetorem solent." Es wird dagegen bemerkt, daß die Ertheilung des Beſitzes auch ohne jene ſymboliſche Behauptung deſſelben durch „manus consertae" gedacht werden könne. — Die Richtigkeit dieſes Satzes als abſtracter Reflexion müſſen wir zugeben; dagegen bezweifeln wir, daß das vindicias dicere ohne vorhergegangenes manus consere wirklich vorgekommen ſei, wenn auch die citirte Stelle des Gellius nur ein ſchwaches Argument dafür enthält. Allein wir wollen darüber nicht rechten, ſondern uns zu Wetzell's ſelbſtſtändigen Gründen wenden.

„Cicero macht", wie Wetzell ſagt, „dem Verres einen Hauptvorwurf daraus, daß er in ſeinem Edicte die Verpflichtung zur Sponſionsleiſtung einfach an den Beſitz geknüpft habe, ohne der Frage Raum zu laſſen, wer denn Beſitzer ſein müſſe." — Die betreffende Stelle lautet:

Cic. in Verr. II., 1. §. 45.

Ex edicto urbano. „Si de hereditate ambigitur, si possessor sponsionem non faciet." Iam quid ad Praetorum, uter possessor sit? nonne id quaeri oportet, utrum possessorem esse oporteat? Ergo: quia possessor est, non moves possessione; si possessor non esset, non dares.

Nach Wetzell's Auffaſſung denkt alſo Cicero in dieſer Stelle nur an den interimiſtiſchen Beſitz während des Proceſſes

und er sieht das Unrecht des Verres nur darin, daß er sich durch das Edict die Möglichkeit nehme für die Dauer eines durch *sponsio praejudicialis* eingeleiteten Erbschaftsstreites den Besitzstand zu reguliren oder nach seinem Ermessen die Vindicien zu ertheilen.

Bleiben wir zunächst hiebei stehen, so bemerken wir leicht, daß wir uns hier einem Anhänger der Fabricius'schen Ansicht über die Entstehung der bonorum possessio gegenüber befinden und zwar haben wir es gerade mit derjenigen Stelle zu thun, auf welche jene Meinung gebaut ist. Wir sind, um nur überhaupt in Wetzell's Gedanken eingehen zu können, genöthigt nicht nur an jene Entstehung zu glauben, sondern namentlich auch anzunehmen, daß noch zu Cicero's Zeit die bonor. poss. Nichts war, als ein processualisches Institut. — Wir können uns auf diese Streitfrage hier natürlich nicht tiefer einlassen und müssen uns begnügen auf die Widerlegungen von Huschke, Danz und Leist*) zu verweisen.

Allein man kann Fabricius Ansicht über die bon. poss. theilen, ohne darum Wetzell's Beweisführung anzuerkennen. Neu nämlich ist es, daß in dem Edicte des Verres „von einer Verpflichtung zur Sponsionsleistung" die Rede sein soll — wofür der Beweis, wenn er überhaupt möglich, jedenfalls noch beizubringen wäre. Richtig verstanden sind die Worte „Si possessor sponsionem non faciet" die Ueberschrift eines Edictstitels und heißen: „Wenn der Besitzer keine Sponsion machen will"; es ist also von einem Falle die Rede, wo

*) Huschke's Recension in Richters Jahrb. dritter Jahrg. S. 6—11. Danz, Rechtsgesch. Bd. 2. S. 49. Leist, Bonor. poss. Bd. 1. S. 121—134.

dem Sponſionsproceſſe ausgewichen wird. Cicero tadelt dabei weiter Nichts, als daß Verres, anſtatt Grundſätze über die Verleihung der bonor. poss. aufgeſtellten, ohne Weiteres eine possessio anerkenne. Daß er dagegen von Verleihung der Vindicien in einem begonnenen Sponſionsproceſſe rede, iſt eine unmotivirte Suppoſition.

Am ſchwächſten ſcheint uns Wetzell's letzter Grund zu ſein. Er ſoll liegen in einer Nachricht der claſſiſchen Juriſten über das Verfahren per formulam petitoriam, wornach es dieſer eigenthümlich, daß ein judex unterſucht, ob der Verklagte beſitze. Dieſe Stellen ſind:

l. 9 pr. D. d. rei vind. (Ulpian.)

Officium autem judicis in hac actione hoc erit, ut judex inspiciat an reus possideat.

l. 36 pr. D. eod. (Gaius)

Qui petitorio judicio utitur, ne frustra experiatur, requirere debet, an is, cum quo instituas actionem possessor sit, vel dolo desiit possidere.

Aus dieſen Stellen wird a contrario argumentirt: „folglich war es bei den übrigen Einleitungsformen Sache des Prätors, über den Beſitz zum Voraus eine Verfügung zu treffen".

Eine argumentum a contrario iſt in den meiſten Fällen bedenklich; das vorliegende aber iſt mehr als bedenklich, es iſt vollkommen verfehlt. Denn aus dem Satze, daß es der formula petitoria eigenthümlich ſei, daß der judex unterſuche, wer Beſitzer ſei*), folgt a contrario weiter Nichts, als, daß bei

*) Wir wollen es dahingeſtellt ſein laſſen ob dieſer Satz aus jenen Stellen abſtrahirt werden kann. — Daß Gaius u. Ulp. in jenen Stellen an einen Gegenſatz gedacht haben, iſt unerweislich und unwahrſcheinlich. Demnach beruht die Zuläſſigkeit des argum. a contr. überhaupt auf einer grundloſen Suppoſition.

den andern Proceßformen der judex dies nicht untersucht. Ueber die Gründe dieser Verschiedenheit ergiebt sich dagegen gar Nichts, es folgt nicht einmal, daß in den andern Fällen der Prätor untersuche wer Besitzer sei — am allerwenigsten aber folgt, daß der Prätor einen Besitzer constituire oder „zum Voraus eine Verfügung über den Besitz treffe." — Allerdings glauben wir, daß der judex bei der Klage per sponsionem nicht zu untersuchen hat, wer Besitzer sei: der Grund ist aber einfach der, daß er es mit einer persönlichen und nicht mit einer dinglichen Rechtsfrage zu thun hat.

Wetzell's Beweisführung können wir demnach keineswegs als gelungen betrachten; wir werden vielmehr unbedenklich bei dem Satze bleiben dürfen, welcher sich uns aus der Natur des Sponsionsprocesses ergab und von keinem Quellenzeugnisse auch nur mittelbar erschüttert wird.

§. 4.

In der Betrachtung unserer Legis actio verweilten wir bisher bei dem Rituale und der intentio. Wenn wir daraus erkannten, daß nur das dingliche Recht selbst, und nicht wie im Sponsionsproceß eine andere Rechtsfrage den formellen Gegenstand des Processes ausmachen könne, so muß sich als Consequenz ergeben, daß auch nur das dingliche Recht und kein anderes in judicium deducirt wurde.

Wir glauben diese Consequenz unabhängig von den Vorhergehenden beweisen zu können; wenn aber dies gelingt, so wird dadurch unserm Hauptsatze eine wesentliche Stütze gegeben indem ein vollgültiger Rückschluß gestattet ist.

In einer bekannte Stelle des Gaius (4. §. 107. 108.) heißt es:

— si vero in rem, vel in factum actum fuerit, ipso jure nihilominus postea agi potest, et ob id exceptio necessaria est, rei judicatae vel in judicium deductae. Alia causa fuit *olim legis actionum*: *nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso jure agi non poterat,* neç omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum.

So viel uns bekannt iſt dieſer Bericht von jeher*) dahin verſtanden worden, daß im Legisactionen-Proceſſe alle Klagen, auch die dinglichen, ipso jure conſumirt worden ſind. Wie aber wäre dies möglich geweſen, wenn das dingliche Recht gar nicht ſelbſt in judicium deducirt wäre?

Es unterliegt keinem Zweifel, daß im Formularproceſſe die formula und in dieſer vornämlich die intentio darüber entſcheidet, welches Recht von der proceſſualiſchen Conſumtion betroffen wird — welches Recht als in judicium deducirt anzuſehen ſei. In Anwendung auf das Verfahren per sponsionem praejudicialem folgt daraus, daß nur das perſönliche Recht conſumirt wird: denn die Formel enthält ja nur die intentio: „sponsionis summam nobis dare oportere.“ **)

*) Zu erwähnen dürfte hier nur ſein die Anſicht, welche Dr. Römer in ſeinem „Erlöſchen“ andeutet (S. 9) und gegen die Angriffe des Dr. Bekker (krit. Zeitſchr. Heft 3. S. 256) neuerlichſt in Schutz nimmt (in einer Anti-Kritik, krit. Zeitſchr. Heft 4 S. 398 : daß es ſchon im Legisactionenproceſſe eine exc. rei judicatae gegeben habe. Wenn Prof. Römer in der Anti-Kritik ſich mit Recht auf Savigny u. Keller gegen die Meinung, daß zur Zeit der l. a. gar keine exceptiones vorkamen, beruft, ſo bezweifeln wir doch, daß jene Autoritäten auch dieſe neueſte Anwendung ihres richtigen Satzes zu vertreten geneigt ſein dürften. Trotz jener Antikritik ſcheint uns die Frage des Dr. Bekker: ob uns denn Gai. IV. §. 108. ſchon wieder verloren? immer noch nicht aus dem Wege geräumt.

**) Gai. 4. §. 93.

Wie wurde nun von hier aus die Beziehung zum dinglichen Recht vermittelt? — Es fragt sich zuvörderst, ob es vorkommen konnte, daß ein schon abgeurtheiltes dingliches Recht zwischen denselben Partheien nochmals durch Sponsion zum Streitgegenstand gemacht wurde? Wir wollen die Untersuchung auf gelegneren Ort verschieben und hier den Fall setzen es hätten dieselben Partheien zum zweiten Male eine sponsio praejudicialis über ein dingliches Recht geschlossen: wie konnte sich jetzt der Beklagte gegen nochmalige Entscheidung derselben Sache schützen?

Zunächst steht soviel fest, daß die actio nicht denegirt werden konnte. Denn ipso jure consumirt war ja nur das persönliche Recht aus der früheren sponsio; jetzt aber lag ein neuer Contract und damit ein neuer Rechtsgrund vor. Das dingliche Recht aber war gar nicht in judicium deducirt gewesen; und wäre es dies auch: im Formularproceß fand ja die Consumtion ipso jure auf dingliche Rechte keine Anwendung. — Es leuchtet daher ein, daß hier nur durch eine exceptio zu helfen war.

Nimmt man nun an, es sei in der L. a. sacramento ähnlich wie im Verfahren p. sponsionem ebenfalls eine andere actio als die dingliche in judicium deducirt worden, so hätte die ipso jure eintretende Consumtion natürlich auch nur diese und nicht das dingliche Recht betreffen können. Im Formularproceß konnte diesem Uebelstande allenfalls durch eine exceptio, die der Prätor sachgemäß ertheilen mogte, abgeholfen werden. Wie aber zur Zeit der Legisactionen, wo es die exceptio rei in judicium deductae nicht gab? Welches Mittel war zu ergreifen um zu verhüten, daß nicht zum zweiten Male über dasselbe dingliche Recht zwischen denselben Partheien processirt

würde? Und doch war das actum agere von Alters her verpönt! *)

Der obige Ausspruch des Gaius ergiebt nun aber auch, daß das dingliche Recht selbst es gewesen, welches *ipso jure* consumirt worden: denn gerade hierin liegt einer der Gegensätze, welchen er im Vergleiche zum Processe seiner Zeit hervorheben will. Wir dürfen aber hieraus mit Sicherheit folgern, daß auch das dingliche Recht selbst in judicium deducirt wurde.

Es mag hier dahin gestellt bleiben wie weit der Begriff der processualischen Consumtion schon im Legisactionenprocesse entwickelt war. Seinem materiellen Gehalte nach ist er deutlich genug erkennbar und wir haben daher kein Bedenken getragen auch den technischen Namen der spätern Jurisprudenz zu gebrauchen. Wollen wir uns aber auch an die Worte binden, mit welchen Gaius die Sache in obiger Stelle bezeichnet, so können wir sagen: die Regel: „qua de re actum semel erat, de ea postea ipso jure agi non poterat", setzt in Anwendung auf das dingliche Recht voraus, daß es selbst auch unmittelbar das Object der actio gewesen sein müssen, denn nur unter dieser Voraussetzung kann gesagt werden „de ea re actum est", es ist Gegenstand des Processes gewesen.

Erinnern wir uns zum Schluß an Dasjenige, welches oben über die intentio bei der alten Vindication gesagt worden ist, so erkennen wir hier dieselbe Regel wieder, welche im Formularproceß das Verhältniß der intentio zu dem Objecte der processualischen Consumtion bestimmt: es ist eben hier, wie dort,

---

*) Donat ad Terent. Andr. III. 1, 7. Ad. II. 2, 24. Terent. Phormio II., 3, 72. Cic. d. am. 22.

gerade das in der intentio hingestellte Recht, welches von der Wirkung der Litis Contestation betroffen wird — und der zwischen dem alten und neuen Verfahren bei dinglichen Rechten obwaltende Unterschied reducirt sich auf die Frage, ob derselbe Erfolg ipso jure oder ope exceptionis herbeigeführt werde.

§. 5.

Ist das Vorhergehende richtig, so müssen sich die Consequenzen ferner bei einer Betrachtung des in dem Sacramentsproceesse abzugebenden Urtheils bewähren. Wenn es in der Vindicatio keine andere Rechtsfrage gab, als das dingliche Recht, wenn nur dieses in judicium deducirt und daher auch formell der Gegenstand des Prozesses war, so kann das Urtheil auch nur das dingliche Recht selbst betroffen haben.

Man behauptet dagegen allgemein auch hier eine Gleichheit der L. a. sacramento mit dem Verfahren per sponsionem praejudicialem. Wie es für diese Procedur unbestritten ist, daß das Urtheil lediglich das persönliche auf dem Contracte beruhende Recht betraf, so soll auch der Sacramentsproceß keine directe Entscheidung über das dingliche Recht herbeigeführt haben, sondern allein durch eine Entscheidung darüber: „cujus sacramentum justum sit" erledigt sein. *)

Die hauptsächlichste Begründung dieser Ansicht besteht in einer Berufung auf die Analogie der sponsio praejudicialis. Uns gegenüber, die wir eben diese Analogie bestreiten, ist jener Grund natürlich eine petitio principii und wir haben es daher nur mit den sonstigen Argumenten zu thun.

---

*) Keller, Litis Contest. S. 188. ff. Civilproceß S. 55. 67. 68. S. auch Ihering, Geist des R. R. S. 158. Wetzell, Vindicationsproceß S. 58.

Man pflegt sich auf folgende Stellen zu berufen:

1) Cic. pro Caec. 33.

„non posse sacramentum nostrum justum judicari“ und „decemviri sacramentum nostrum justum judicaverunt.“

2) Cic. d. orat. 1, 10, 42.

„Agerent enim tecum (lege) primum Pythagorei — — quibuscum tibi justo sacramento contendere non liceret“

3) Cic. pro domo 29.

„si decemviri sacramentum in libertatem injustum judicassent.“

4) Cic. pro Milone 27.

„non injustis vindiciis ac sacramentis alienos fundos — petebat.“

5) Arnob. advers. gentes. 4.

„quis quaesitor, quis arbiter cervicibus tantis erit, qui inter personas hujusmodi aut vindicias justas dare aut sacramenta conetur pronuntiare non justa. *)

Die ersten drei Stellen sind vor Kurzem von Dr. Dernburg in seiner Recension des Keller'schen Civilprocesses (Krit. Zeitschr. Heft 5. S. 462) besprochen worden, weßhalb wir uns einer nochmaligen Erörterung enthalten. Es ist dort nachgewiesen, daß es keineswegs nothwendig, dieselben von einer definitiven Entscheidung der Hauptsache zu verstehen, daß sogar in den beiden ersten nur an die Vorfrage, ob überhaupt gültig sacramento agirt werden könne? zu denken sei. **) Die 4te

*) So die Ausgabe von Hildebrand und nach ihm Rudorff, bei Puchta, Institt. Bd. 2. S. 82. d. Abweichend ist die Stelle abgedruckt bei Wetzell, Vindicat. Proceß S. 59 und bei Brissonius d. V. S. s. v. Vindiciae.

**) Für die Stelle pro Caec. 33. hat schon Stahl, Ueber das ältere Röm. Klagen-R., München 1827 S. 28. diese Interpretation angenommen.

und 5te Stelle sind offenbar die unbedeutendsten; sie können ebensowenig für, als gegen die obige Interpretation der übrigen benutzt werden.

Allein selbst wenn wir annehmen, es solle in jenen Stellen die definitive Entscheidung einer Streitsache bezeichnet werden, so würde man doch, um durch sie schlagend beweisen zu können, daß das Urtheil im Sacramentsprocesse nur darauf hinausgegangen sei: „cujus sacramentum justum sit", zuerst darthun müssen, daß wir in jenen Worten wirklich die genaue und totale Fassung des Urtheils vor uns haben. Dies ist nun aber weder gewiß, noch wahrscheinlich. Im Gegentheil liegt es auf der Hand, daß es den Schriftstellern höchstens darum zu thun war, das günstige oder ungünstige Resultat eines Processes in prägnanter Weise zu bezeichnen, wobei ihnen auf das streng Technische gar Nichts ankam. Gleich wie man aber das ganze Verfahren nach dem Einen hervortretenden Momente, dem sacramentum, benannte, so mochte man gewohnt sein, den Ausfall der Streitsache kurzweg nach dem Schicksale des Sacraments zu bezeichnen; und diese Ausdrücke geben uns daher selbst im angenommenen Falle nicht die Befugniß, gewichtige Schlüsse auf sie zu bauen.

Es ist aber außerdem zu beachten, daß in jenen Stellen nur von *„judicare, pronuntiare"* und nicht von *condemnare* die Rede ist. Wäre damit die totale Entscheidung der Streitsache gemeint, so müßten wir annehmen, daß im Sacramentsprocesse eine *condemnatio* gar nicht vorgekommen sei. Und zwar muß die herrschende Meinung, welche nur an eine Verhandlung und Entscheidung über das sacramentum denkt, dies schon deßhalb behaupten, weil ja eine Condemnation in das sacramentum nicht möglich ist. Denn die Gegen-

parthei hatte an daſſelbe keinen Anſpruch und dem Staate war es ipso jure verfallen Es ſagt daher auch Keller*) von ſeinem Standpunkte aus ganz folgerichtig: daß „das judicium, welches durch die L. a. sacramento eingeleitet wurde, niemals in eine eigentliche Condemnation oder Abſolution auslaufen konnte." Somit ſteht denn dieſe Anſicht mit ſich ſelbſt in vollem Einklange, und es zeigt ſich andererſeits, daß wir nach den vorhergehenden Deductionen zu der entgegengeſetzten Conſequenz kommen müſſen.

Es fragt ſich nur, wie ſich dieſe entgegengeſetzten Reſultate zu den Zeugniſſen der Quellen verhalten und es will uns ſcheinen, daß durch dieſe die Anſicht der Gegner offen widerlegt werde.

Gai. 4 §. 48. Omnium autem formularum quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est: itaque etsi corpus aliquod petamus, velut fundum, hominem, vestem, aurum, argentum, *judex non ipsam rem condemnat eum cum quo actum est, sicut olim fieri solebat,* sed aestimata re pecuniam eum condemnat.

Dieſe Stelle ſteht zu der herrſchenden Meinung in entſchiedenem Widerſpruch. Vor Allem geht nämlich daraus hervor, daß im Sacramentsproceſſe überhaupt eine *condemnatio* vorkommen konnte und vorzukommen pflegte. Denn man wird nicht bezweifeln, daß Gaius hier ebenſo wie in §. 108 bei dem „olim" an die Zeit der Legisactionen denkt; und da er von dieſem Verfahren ganz allgemein redet (fieri solebat), ſo ſind wir nicht befugt, für die L. a. sacramento eine Ausnahme zu behaupten.

*) Civilproceß S. 67.

Zwar meint Keller*): „dieſe Stelle könne für Sacramentsproceſſe nicht bedeuten, daß der Beklagte condemnatus, ſondern höchſtens, daß er judicatus wurde". Allein es iſt nicht zu erſehen, mit welchen Gründen dieſe Interpretation gerechtfertigt werden könnte. Wir wenigſtens begreifen nicht, wie es kommen ſollte, daß Gaius von *condemnare* ſpricht, wenn er an *judicare* denkt. Worin ſollte auch der Gegenſatz zwiſchen dem alten und neuen Verfahren, welchen er hervorheben will, liegen, wenn nicht gerade in der *condemnatio?* Oder will man ihm die Behauptung zuſchieben: es werde im Formularproceß nicht über die ipsa res judicirt? Man traut dem Gaius zu, daß er mitten in einer Auseinanderſetzung über die pecuniaria *condemnatio* nicht mehr wiſſe, wovon die Rede ſei — und für dieſen Vorwurf iſt kein anderer Grund erſichtlich, als der, daß dieſe Stelle mit der einmal angenommenen Theorie über den Sacramentsproceß ſich nicht vereinigen läßt.

Wenn aber aus Gaius Bericht hervorgeht, daß das judicium im Sacramentsproceſſe auf eine „condemnatio in ipsam rem" ausging, ſo folgt ferner, daß bei der Vindication auch gerade das verfolgte Eigenthumsobject, das Object der Condemnation ſein mußte.**) Was ſollte ſonſt die „ipsa res" bedeuten und in dieſem Zuſammenhang? Eine condemnatio in die summa sacramenti halten ſelbſt die Gegner nicht für denkbar — und es zeigt ſich alſo auch auf dieſem Punkte eine gründliche Verſchiedenheit von dem Verfahren per sponsionem praejudicialem, welche uns beweist, daß im Sacramentspro-

*) Civilproceß S. 68. Nro. 235.

**) Es findet ſich dieſe Anſicht auch ausgeſprochen bei Dernburg, Emtio bonorum S. 8. Nro. 16.

ceſſe das dingliche Recht ſelbſt und nichts Anderes den formellen Gegenſtand der Verhandlung bildete.

§. 6.

Wir glauben aber außer dem Zeugniſſe des Gaius und der bisher dargeſtellten Schlußfolgerung noch andere Gründe für unſre Anſicht über die condemnatio geltend machen zu können.

1. Nehmen wir mit unſern Gegnern an, daß das sacramentum allein der formelle Gegenſtand des Proceſſes und eine condemnatio in ipsam rem ausgeſchloſſen war: ſo hätte es in der Vindication an einem Medium gefehlt, durch welches der Eigenthümer zu ſeiner Sache oder deren Werth gelangen konnte.

Im Sponſionsproceſſe, wo die Entſcheidung unbeſtritten nur das perſönliche Recht betrifft, wird ein ſolches Medium geſchaffen, indem der Beklagte durch eine beſondere Stipulation ſich verpflichtet, die Sache zu reſtituiren, ſobald für den Kläger judicirt würde.

Gai. 4 §. 94. Cic. in Verr. II, 1, 45.

Dieſer acceſſoriſche Vertrag begründet dem Eigenthümer eine directe Klage auf Auslieferung der Sache, und ſo wird dieſem practiſchen Mangel des Sponſionsproceſſes abgeholfen.

Wo aber findet ſich eine ähnliche Abhülfe in der L. a. sacramento? Von der Eingehung eines bedingten Vertrages iſt nirgends die Rede; eine Stipulation, durch welche eine directe Klage auf die Sache erzeugt würde, iſt nirgends erwähnt: woraus hätte denn die Verpflichtung zur Reſtitution entſpringen ſollen? Es bleibt nichts übrig als die Annahme, daß ein Urtheil dieſe Pflicht begründete.

Zwar heißt es, die stipulatio pro praede litis et vindiciarum sei an die Stelle der praedes getreten, welche im Sacramentsproceſſe geſtellt zu werden pflegten *) und man könnte daraus ſchließen wollen, daß bei dieſem letzteren Verfahren eine ähnliche Caution vorkam, die Veränderung aber nur darin beſtand, daß aus der ehemaligen satisdatio eine nuda repromissio wurde.

Hiegegen iſt zunächſt hervorzuheben, daß, wie die obige Stelle des Cicero beweist, auch bei dem Verfahren per sponsionem Satisdation vorzukommen pflegte, daß folglich hierin der Gegenſatz zum alten Verfahren nicht gelegen haben kann. **)

Worin beſtand nun aber der Unterſchied? Daß dieſer nur Namen und Form betroffen haben ſoll, wie Römer ***) meint, dem „die Worte appellata est dies genügend andeuten", iſt völlig unmotivirt. Halten wir uns unbefangen an die Worte des Gaius, ſo ſagt uns derſelbe: „an die Stelle der *praedes* ſei jetzt eine *stipulatio* getreten", und es iſt unſere Aufgabe, nicht erſt den Gegenſatz zu finden, ſondern ihn zu verſtehen. — Die Vorausſetzung für die Beſtellung von praedes iſt, daß eine mindeſtens zukünftige Verpflichtung als vorhanden gedacht wird †); die stipulatio dagegen ſoll erſt eine Verpflichtung begründen, welche nebenher durch Satisdation geſichert werden

*) Gai. 4 §. 94. Ideo autem appellata est „Pro praede litis vindiciarum" stipulatio, quia in locum praedium successit, quia olim, cum lege agebatur, pro lite et vindiciis, id est pro re et fructibus, a possessore petitori dabantur praedes.

**) Dies bemerkt gegen Heffter auch Römer, das Erlöſchen S. 37 Anm. a.

***) In ſeinem „Erlöſchen des kl. R." S. 38. Anm.

†) Ueber praedes vrgl. die Unterſuchung bei Bachofen, Pfand R. S. 221 ff.

kann. Mithin liegt der innere Gegensatz darin, daß bei dem Verfahren per sponsionem für den Beklagten eine Verpflichtung durch Stipulation geschaffen werden muß, welche in dem Legisactionenproceß anderweitig begründet wurde und daher durch die Partheien nicht erst geschaffen, sondern nur im Voraus gesichert zu werden brauchte.

Diese Verpflichtung aber, wodurch konnte sie anders concret begründet werden, als durch die „condemnatio in ipsam rem", deren Gaius 4 §. 48 gedenkt?

2. Wir haben gesehen, daß durch das „Mittite" des Prätors der bisherige factische Zustand total vernichtet und dagegen durch das „dare, dicere vindicias" ein interimistischer Zustand constituirt wird. *) Diese Verfügung des Prätors ist ihrer Natur nach nur vorübergehend und allein dadurch motivirt, daß vermöge der Aufhebung des bisherigen Besitzes die Partheien einander thatsächlich gleichgestellt sind. Sein Ende erreicht dies Provisorium von selbst mit der Entscheidung des Streites. In diesem Augenblicke existiren keine *vindiciae* mehr und der interimistische Besitzer hat für seine physische Innehabung die bisherige causa verloren. Die Sachen stehen also auf demselben Punkte, wo sie standen, als der Prätor sein *„Mittite"* ausgesprochen hatte. Wie aber damals für die Dauer des Rechtsstreites eine interimistische Verfügung getroffen wurde durch Verleihung der vindiciae: so muß, wenn die Sache jetzt wirklich erledigt werden soll, eine Entscheidung darüber erfolgen, wie der thatsächliche

*) Die Ausdrücke „dare" und „dicere vindicias" kommen gleichmäßig vor. Gai. 4 §. 16. Festus s. v. Vindiciae. Gell. 20, 10. Liv. 3, 44. 47. 56. Arnob. adv. gentes. 4, 16. Pomp. l. 2. §. 24 D. d. O. I.

Zuſtand definitiv ſein ſolle — oder, um die techniſchen Ausdrücke zu gebrauchen: wie für die Dauer des Rechtsſtreits Einem der Litiganten die *vindiciae* ertheilt wurden, ſo muß jetzt nach Entſcheidung der Rechtsfrage eine Verfügung über die *res ipsa*, über die *lis* erfolgen.

Und in der That finden wir nun in den Quellen in häufiger Anwendung eine dem „vindicias dare, dicere“ ganz entſprechende Verfügung in dem Ausdrucke „litem dare, litem addicere“ als definitive Entſcheidung und Erledigung der Streitſache. *) Das gewichtigſte und älteſte Zeugniß iſt uns durch Gellius (17, 2) in dem bekannten Fragmente der XII Tafeln erhalten, welches, abgeſehen von ſeiner Ergänzung aus Auctor ad Herennium 2, 13 ſo lautet:

Ante meridiem causam coniciunto, quam perorant ambo praesentes. post meridiem praesenti *litem addicito*. Sol occasus suprema tempestas esto.

Daß die XII Tafeln hier an den judex und nicht an den Magiſtrat denken, ſcheint uns von Wetzell **) vollſtändig bewieſen zu ſein. Wir glauben es außerdem mit ihm als ausgemacht betrachten zu dürfen, daß die Beſtimmung der XII Tafeln dahin zu verſtehen ſei, daß dem Anweſenden das ſtreitige Object zugeſprochen werden ſolle.

Es erfolgt alſo hier eine Entſcheidung über die Sache

*) Vrgl. darüber: Cic. pro Roscio Com. 1 §. 3. Val. Max. 2, 8, 2. Gell. 5, 10. 17, 2. (Tac. Ann. 4, 43.) Noch andere Citate finden ſich in größerer Anzahl bei Brissonius d. V. S. s. v. Dare Nro. 3. de Formulis. lib. V, 168. Cuj. observat. 6, 27. Dieſelben enthalten indeß durchgehends die elliptiſche Form der ſpäteren Latinität „dare secundum, contra aliquem“, wobei es dahingeſtellt bleiben muß, ob „litem“ oder „sententiam“ zu ſuppliren iſt.

**) Vindicationsproceß S. 55—57.

ſelbſt nach älteſtem Rechte: die Sache ſelbſt, welche im Streite befangen iſt *), die *lis* wird zugeſprochen. Iſt hier nicht die vollſtändigſte Uebereinſtimmung mit dem „condemnare rem ipsam“ des Gaius?

Allerdings ſprechen die XII Tafeln nur von einem Contumacialverfahren; allein ſind wir berechtigt zu der Annahme, daß die Folge der Contumaz in ihrem ganzen Weſen von der Verurtheilung nach verhandelter Sache abgewichen ſein ſollte? Es iſt kein Grund erſichtlich, der uns hindern könnte, von der Verurtheilung des indefensus auf diejenige des judicatus zu ſchließen — vielmehr ſind wir völlig dazu berechtigt, da wir in mehreren der oben citirten Stellen das „litem dare secundum aliquem“ als Bezeichnung der definitiven Entſcheidung des Rechtsſtreites nach verhandelter Sache angewendet finden. Und ſchon deßhalb werden wir dieſe Annahme für die richtige halten müſſen, weil, wie wir oben ſahen, das interimiſtiſche „vindicias dare, dicere“ ein definitives „litem dare, addicere“ deſiderirt, damit der Proceß ſeine Abrundung erhalte.

3. Eine gewichtige Beſtätigung unſerer Anſicht finden wir endlich in der Anwendung der Vindicatio als Act der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Wir wollen uns hier nur auf die In jure cessio des Eigenthums beſchränken. **)

Es iſt noch niemals in Zweifel gezogen worden, daß wir in der in jure cessio die alte dingliche Sacramentsklage wieder zu erkennen hätten. Wir begegnen hier der ganzen Solem-

*) Varro d. L. L. 7. §. 93 — itaque quibus res erat in controversia, ea vocabatur lis.

**) Daſſelbe ließe ſich nachweiſen bei der Manumiſſion und Adoption. Unterholzner, Zeitſchr. f. g. R. W. Bd. 2. S. 139 ff.

nität der alten vindicatio bis zu dem Punkte, wo die Ueberleitung zum eigentlichen Rechtsſtreite geſchehen mußte. Statt der contravindicatio erfolgt Geſtändniß oder Schweigen, ein Streit wird alſo dem Prätor nicht vorgeführt und es kommt daher nicht zur provocatio sacramento. *)

Zu bemerken iſt zunächſt, daß das Reſultat die *addictio* des Prätors iſt, „eam rem addicit Praetor.“ Der formelle juriſtiſche Grnnd der addictio iſt in dieſem fingirten Proceſſe das ausdrückliche oder ſtillſchweigende Geſtändniß des Beklagten, welcher die Aufforderung des Prätor zur Contravindication ablehnt oder unberückſichtigt läßt. Alſo hier zeigt ſich, daß für den confessus dieſelbe Folge eintritt, wie oben für den inde fensus — ſollte nun der judicatus eine andere Behandlung erfahren haben?

Wir fragen aber weiter, wie hätte man darauf verfallen ſollen, eine fingirte Vindication als Mittel der Eigenthumsübertragung anzuwenden, wenn nicht der wirkliche Proceß zu einer Entſcheidung über die Sache ſelbſt geführt hätte? Wie hätte man darauf kommen ſollen, an eine fingirte Vindication ein „addicere rem“ anzuhängen, wenn nicht die wirkliche Vindication auf ein „addicere litem“ hinausgegangen wäre?

II.

Hiſtoriſcher Zuſammenhang.

§. 7.

Die hier bekämpfte Anſicht über das innere Verhältniß unſerer beiden proceſſualiſchen Inſtitute hat man ganz beſonders

*) Gai. 2 §. 24. Ulp. 19. §. 9. 10. 11. Boeth. ad Cic. top. 5. §. 28 (ed Or. p. 322.)

in ihrem hiſtoriſchen Zuſammenhang begründet gehalten, den man ſich folgendermaßen conſtruirte.

Legis actio sacramento und sponsio ſollen einen reinen Gegenſatz bilden und eine Combination nicht denkbar ſein. *) Letztere gehöre daher ausſchließlich dem Formularproceß an und ſei erfunden, weil die den Vindicationen zu Grunde liegende Behauptung nur auf künſtliche Weiſe mit dem Formularproceß vereinbart werden konnte. **) Das in rem agere per sponsionem ſei daher zunächſt an die Stelle des sacramentum getreten. ***) Dagegen habe es geraume Zeit gedauert, bis man in einer eigenen formula in rem eine Proceßform erfand, durch welche Unterſuchung und Entſcheidung geradezu auf das dingliche Recht gerichtet wurde. †)

Wäre es richtig, was hiernach angenommen werden müßte, daß es nach Aufhebung der Legis actiones eine Zeit gegeben habe, in welcher dingliche Rechte ausſchließlich auf dem Umwege der sponsio praejudicialis geltend gemacht werden konnten; ſo würde der von uns vertretenen Anſicht, daß die L. a. sacramento eine directe dingliche Klage geweſen, allerdings das Bedenken hiſtoriſcher Unwahrſcheinlichkeit entgegenſtehen. Denn wir müßten dann zugeſtehen, daß die Römiſche Proceßgeſchichte einen Rückſchritt gemacht, indem ſie den Beſitz einer directen dinglichen Klage aufgegeben und zu einem kümmerlichen Surrogate zurückgegriffen hätte, um hinterher auf's Neue jenen Beſitz in anderer Form wieder zu erwerben.

---

*) Bethm. Hollw. Zeitſchr. f. geſch. R. W. Bd. 5. S. 390.

**) Zimmern, Rechtsgeſch. Bd. 3. S. 193.

***) Keller, Civilproceß S. 106.

†) Keller, Civilproceß S. 106.

In der That nun aber trifft uns dieſes Bedenken nicht, weil, wie wir zu beweiſen bemüht ſein werden, jener angebliche hiſtoriſche Zuſammenhang mit der Wahrheit nicht übereinſtimmt. Es gehört nämlich das Verfahren per sponsionem praejudicialem ſeiner Entſtehung nach keineswegs erſt der Zeit nach Aufhebung der Legisactionen an; der Grund ſeiner Entſtehung iſt keineswegs der Mangel einer directen dinglichen Klage geweſen, und es war daſſelbe zu keiner Zeit das einzige proceſſualiſche Mittel zur Geltendmachung eines dinglichen Rechts.

Wir werden jetzt verſuchen, dieſe Sätze im Einzelnen nachzuweiſen.

§. 8.

Wäre es richtig, was Bethmann-Hollweg behauptet, „daß eine Combination von Legis actio und Sponsio unmöglich ſei", ſo wäre damit unſere Anſicht, nach welcher die Entſtehung der sponsio praejudicialis der Zeit der Legisactionen angehört, widerlegt. Allein es iſt in neueſter Zeit ſchon von Keller *) hervorgehoben, daß Sponſionen auch unter dem Syſteme der Legis actiones ein wichtiges Organ des Civilproceſſes geweſen ſeien.

Daß namentlich unſere sponsio praejudicialis zur Zeit der Legisactionen in häufiger Uebung beſtand, läßt ſich auf das Beſtimmteſte darthun. Wir wollen uns damit begnügen, einige von den Beiſpielen, welche aus einem mehr als zweihundertjährigen Zeitraume bis zu Plautus bekannt geworden ſind, anzuführen. **)

---

*) Civilproceß S. 110.

**) Eine reiche Sammlung hieher gehöriger Stellen findet ſich bei Keller, Semestria p. 7. not. 5.

Cäso Quinctius, des Cincinnatus Sohn, bekannt durch seine Gewaltthätigkeiten gegen die Plebs, war im J. 293, beschuldigt, den Bruder des ehemaligen Tribunen M. Volscius Fictor erschlagen zu haben, in's Exil gegangen. (Liv. 3, 13.) Nachdem er selbst, bei dem räuberischen Einfall des Appius Herdonius betheiligt, umgekommen war, traten im J. 295 die Quästoren A. Cornelius und Q. Servilius gegen den M. Volscius mit der Anklage auf, daß er falsches Zeugniß wider den Cäso abgelegt habe. Zum Beweise beriefen die Ankläger sich darauf, daß des Volscius Bruder den Folgen der Pest, welche im J. 291 in Rom wüthete, erlegen, Cäso dagegen zu jener Zeit gar nicht in Rom gewesen sei. Neben dieser Anklage nun berichtet Livius (3, 24), daß Viele den Volscius privatim zu einer Sponsion über die Wahrheit dieser Thatsachen aufgefordert hätten.

Nach glücklich durchgeführtem Aufstande gegen die Decemvirn und Herstellung der plebejischen Freiheit, suchen die Tribunen an dem Appius Claudius Rache zu üben. Auf Anstiften seiner Collegen tritt Virginius gegen ihn als Ankläger auf und ein Tag zur Verhandlung ist bestimmt. Als aber Appius von jungen Patriciern umringt auf dem Forum erscheint und durch sein Auftreten in allen Anwesenden das Andenken an die Zeiten seiner Gewalt aufregt, erklärt Valerius, diese Stimmung benutzend: es bedürfe in einer so klaren Sache der Reden nicht; er wolle keine Anklage vor dem Volke erheben, um nicht dem Appius Gelegenheit zu neuen Unverschämtheiten in seiner Vertheidigung zu bieten. Statt dessen fordere er wiederholt den Appius zu einer Sponsion (um ein judicium *privatum* zu veranlassen) über die eine, schändlichste That auf: „ni vindicias ab libertate in servitutem dederit"—

unter der Androhung, ihn, wenn er auf dieſe Sponſion nicht eintrete, in's Gefängniß werfen zu laſſen. Und dies geſchieht, als Appius jener Aufforderung nicht entſpricht und für die öffentliche Anklage wird ein neuer Tag beſtimmt. (Liv. 3, 56. 57.)

Als im erſten puniſchen Kriege der Conſul Lutatius Catulus und der Prätor Q. Valerius die puniſche Flotte bei den Aegatiſchen Inſeln vernichtet hatten (512 U. C.), geſtattete der Senat dem Erſteren einen Triumph. Die gleiche Ehre wollte der Prätor für ſich in Anſpruch nehmen und es entſpann ſich ein Streit zwiſchen den Beiden darüber, wer von ihnen mehr als der Andere zu triumphiren berechtigt ſei. Auf Vorſchlag des Valerius wurde die Sache dadurch zum Austrag gebracht, daß ſie eine Sponſion darüber ſchloſſen: ob nicht durch des Valerius Führung die puniſche Flotte überwunden ſei? Valer. Maxim. II, 8, 2.

In dieſen drei Fällen tritt die Function der sponsio praejudicialis ſehr deutlich hervor, indem durch ſie Thatſachen in einen Privatrechtsſtreit gezogen werden, welche ſich an und für ſich zu einem ſolchen nicht eignen würden, da ſie die Quelle von Privatrechten nicht ſein können.

Wir treffen endlich bei Plautus auf ein Beiſpiel, wo eine Frage, die ſchon an und für ſich zu einer privatrechtlichen Erörterung geeignet wäre, Veranlaſſung einer sponsio praejudicialis wird. Im Rudens (III, 4) proponirt Trachalio dem leno Labrax eine Sponſion darüber: ob die Sclavinnen ſein Eigenthum oder nicht vielmehr freie Perſonen ſeien u. ſ. w.

Trachalio.

Ergo dato
De senatu Cyrenensi quemvis opulentem arbitrum,
Si tuas esse oportet, nive eas esse oportet liberas

Nive te in carcerem compingi est aequum, aetatemque ibi
Te usque habitare, donec totum carcerem contriveris. *)

Dieſe Beiſpiele beweiſen, daß eine Combination der *sponsio praejudicialis* mit der *Legis actio* möglich geweſen ſein muß. Und in der That iſt auch nicht einzuſehen, welches Hinderniß dem entgegengeſtanden haben ſollte, daß ein durch sponsio vorbereiteter Rechtsſtreit auf dem Wege der Legis actio verfolgt wurde.

In Folge der sponsio war ja nur ein gewöhnliches contractliches Recht geltend zu machen. Welcher Art die Bedingung deſſelben ſein und welches Motiv zu dem Abſchluſſe des Contracts geführt haben mochte, war offenbar juriſtiſch ganz irrelevant. So wenig es Bedenken haben kann, daß man ſein Recht aus einer bedingten Stipulation in einer perſönlichen Legis actio einklagen durfte, ebenſowenig iſt ein Zweifel darüber zuläſſig, daß man den aus einer sponsio praejudicialis entſtandenen perſönlichen Anſpruch in derſelben Proceßform verfolgen konnte. Was zunächſt den Sacramentsproceß anlangt, ſo iſt nicht erſichtlich, weßhalb nicht der Kläger, geſtützt auf die Sponſion, die Formel gebraucht haben ſollte: „Ajo te mihi dare oportere“ und nach erfolgtem Widerſpruche fortfuhr: „Quando negas, sacramento te provoco.“ Und für die Zeit nach der lex Silia leuchtet nicht ein, was gehindert haben ſollte, daß der Kläger ſein ihm sponsione verſprochenes certum auf dem Wege der L. a. per condictionem beitrieb.

*) Dieſe Stelle wird von Dr. Bernburg anders geleſen und auf die L. a. per judicis postulationem bezogen. Krit. Zeitſchr. Heft 5. S. 468 ff.

Daß jene Rechtsbehauptung nur bedingt richtig, dieſer Anſpruch nur bedingt vorhanden, iſt ein Umſtand, welcher die *Legis actio* nicht hindert: denn die Frage über das wirkliche Daſein des Rechts gehört ja erſt dem *judicium* an. Oder wir wären zu der ſeltſamen Annahme genöthigt, daß aus bedingten Contracten zur Zeit der Legisactionen überhaupt nicht geklagt werden konnte. *)

Wir haben aber noch aus ſpäterer Zeit ein ganz beſtimmtes Zeugniß dafür, daß die Legis actio sacramento mit der sponsio praejudicialis verbunden werden konnte, indem nämlich, in der oben angegebenen Weiſe, nach geſchloſſener Sponſion auf Zahlung der ſpondirten Summe sacramento geklagt wurde.

Gai. 4. §. 95. Ceterum si apud centumviros agitur, summam sponsionis non per formulam petimus, sed per legis actionem: sacramento enim reum provocamus; quae sponsio sestertiorum CXXV nummorum fit, scilicet propter legem — — —. **)

---

*) Wir bedauern, daß Keller ſich nicht über den Grund ausgeſprochen hat, welcher ihn (Civilproceß S. 110) zu der Meinung veranlaßt hat, daß es „für die Zeit der legis actiones kaum anders zu denken ſei, als daß, wo eine sponsio vorkam, Nichts weiter als die Ernennung des judex hinzutrat.“ Wir vermögen nicht nur keinen Grund dafür einzuſehen, ſondern halten auch Keller's Annahme für ganz unmöglich, aus den unten anzuführenden Gründen.

**) Dieſe Stelle hat nach gerade eine ziemlich umfaſſende Litteratur. Zuerſt hat Bethmann-Hollweg (Zeitſchr. für geſch. R. W. Bd. 5. S. 388) eine der unſerigen entgegengeſetzte Interpretation vertheidigt und ihm ſind gefolgt Zimmern, Rechtsgeſch. Bd. 3. S. 196 und Asverus, die l. a. sacramenti S. 32, Anm. 41. mit einigen Variationen. — Unſere Anſicht iſt zuerſt aufgeſtellt von Dernburg, Ueber das Verhältniß der H. P. S. 7. Anm. 14. Dagegen hat ſich wieder erklärt Römer, Ueber das Erlöſchen S. 22, Anm. 6, worauf neuerlichſt eine gründliche

Es ist hier von der in rem actio per sponsionem die Rede und während wir bisher nur allgemein von der Möglichkeit der Verbindung einer sponsio praejudicialis mit der L. a. sacramento sprachen, ist hier die Realität dieser Combination in besonderer Anwendung auf die Verfolgung dinglicher Rechte vor dem Centumviralgericht dargestellt.

Der Sinn der Stelle ist im Zusammenhange mit den vorhergehenden Paragraphen folgender. — Gaius hat auseinandergesetzt, daß es zwei Wege zur Geltendmachung dinglicher Rechte gebe: die formula petitoria und die sponsio praejudicialis. Während bei der formula petitoria die intentio auf rem actoris esse laute, werde dagegen nach abgeschlossener sponsio eine Formel edirt, welche eine rein persönliche intentio enthalte. — Seine Erörterung aber bedurfte einer ergänzenden Berichtigung wegen des besonderen Gerichtsgebrauchs bei den Centumvirn, und diese knüpft Gaius in unserm §. 95 mit „ceterum" an. Weil nämlich vorher nur der Formularproceß berücksichtigt war, so erschien seine Darstellung nicht erschöpfend; es mußte vielmehr hinzugesetzt werden, wie es sich mit den dinglichen Klagen vor den Centumvirn verhielt, bei denen noch die *Legis actio* in Uebung bestand. Zu diesem Behuf bedurfte es hinsichtlich der formula petitoria, welche selbstverständlich nicht zur Anwendung kommen konnte, keiner Notiz; wohl aber war in Bezug auf die sponsio praejudicialis eine Bemerkung hinzuzufügen, weil nach dem Vorhergehenden der Irrthum möglich war, als könne aus derselben

---

Erwiderung erfolgt ist von Dernburg, kritische Zeitschrift, drittes Heft S. 264 ff. Römer's mehrfach erwähnte Antikritik verheißt nur eine spätere „gründliche Beleuchtung", welche abzuwarten ist.

nur *per formulam* geklagt werden, wodurch denn zugleich ihre Anwendbarkeit in Centumviralſachen negirt worden wäre. Gaius mußte daher hinzufügen, daß vor den Centumvirn die summa sponsionis, welche ja gerade das Object der Klage aus der Sponſion iſt, in der Proceßform der Legis actio eingeklagt werde, indem man einen Sacramentsproceß eröffne.

Dieſes Verſtändniß der Stelle erklärt ſelbſt Bethmann-Hollweg für das natürlichſte, und wir glauben, daß es keiner Entgegnung bedarf, wenn Römer*) meint: „dieſe Auffaſſung wiederlege ſich einfach und vollſtändig durch die Worte."

Dennoch hat Bethmann-Hollweg ſich aus „Gründen, welche nicht in der Stelle liegen", zu einer anderen Interpretation veranlaßt geſehen, deren Cardinalpunkt der iſt, daß Gaius die L. a. sacramento für eine Art von Verfahren per sponsionem gehalten und daher „sponsionis summa" ſtatt „sacramentum" geſagt habe.**) — Man kann alſo zu dieſer anderen Interpretation nur dann gelangen, wenn man bei Gaius eine Confuſion der Ausdrücke annimmt — und ſchon dies iſt genügender Beweis für die Richtigkeit unſerer Auslegung. Wir wollen nicht wiederholen, was wir im vorigen Abſchnitte ausgeführt haben, daß eine Verwechslung von Sacrament und

*) Römer, Erlöſchen S. 23, Anm.

**) Wir glauben nicht, daß man ſich ernſtlich auf die Worte Iſidor's (Orig. V, 24, 30): „Sacramentum est pignus sponsionis" berufen wird, um dieſe vermeintliche Verwechſelung der Ausdrücke bei Gaius plauſibel zu machen. Wir erwähnen ſie nur, weil man ſie allerdings ſchon mit unſerer Frage in Verbindung gebracht hat, obgleich Iſidor, wie der Zuſammenhang ergiebt, an unſer sacramentum hier ebenſowenig denkt, wie an irgend einer anderen Stelle, wo er dies Wort gebraucht oder erklärt. Vrgl. Isid. Orig. VI, 19, 39. 40. IX, 3, 58.

Sponſion bei einem Römiſchen Juriſten gar nicht möglich iſt, ſondern nur auf das Eine aufmerkſam machen, daß man nach der Bethmann-Hollweg'ſchen Erklärung dem Gaius die Behauptung unterſchiebt: die Partheien klagten vor den Centumvirn im Wege der Legis actio die Sacramentsſumme ein (denn „sponsionis summam petimus" ſoll ja heißen „sacramentum petimus") — obgleich doch Jeder wird einräumen müſſen, daß keine Parthei auf die summa sacramenti der andern einen Anſpruch hatte oder erheben konnte! — Anſtatt bei Gaius eine derartige Verwirrung der Ausdrücke und Begriffe anzunehmen, verſtehen wir ſeine einfachen und klaren Worte dahin, daß er den Unterſchied des Verfahrens in Centumviralſachen von dem gewöhnlichen in das Moment ſetzt, daß bei jenem die *L. a. sacramento*, bei dieſem die *Formula* Anwendung findet; wogegen er die *sponsio praejudicialis* als ein ihnen beiden möglicherweiſe gemeinſames Element betrachtet.

Das gewichtigſte Argument für ſeine Interpretation der Galliſchen Stelle entnimmt Bethmann-Hollweg aus der Behauptung, daß in Centumviralſachen eine sponsio praejudicialis überhaupt gar nicht vorgekommen ſei, und dieſe Anſicht wird begründet auf eine vielbenutzte Stelle des Cicero.

Cic. in Verr. II, 1, 45.

Si quis testamento se heredem esse arbitraretur, lege ageret *in* hereditatem; aut pro praede litis vindiciarum cum satis accepisset, sponsionem faceret, ita *de* hereditate certaret. Hoc opinor jure *et majores nostri* et nos semper usi sumus.

Bethmann-Hollweg findet in dieſer Stelle einen abſoluten Gegenſatz zwiſchen „lege agere“ und „sponsionem facere“ und meint demnach, der darin liegende Gedanke ſei: man könne ſein Erbrecht entweder vor den Centumvirn durch *Legis actio*, oder vor einem Einzelrichter *per formulam* nach geſchloſſener *sponsio praejudicialis* geltend machen.

Dieſe Interpretation iſt nur möglich unter zwei Vorausſetzungen, deren Stichhaltigkeit zu prüfen iſt.

Einmal muß man annehmen, daß zu Cicero's Zeit Erbſchaftsſtreitigkeiten zwiſchen Römern *) vor Einzelrichtern und nicht ausſchließlich vor den Centumvirn verhandelt werden konnten. Denn betrachten wir die Competenz des Centumviralgerichts in Erbſchaftsſachen als eine ausſchließliche, ſo konnte Cicero überhaupt an den Formularproceß gar nicht denken und folglich dieſen nicht neben die Legis actio ſtellen. Wir würden dann den in der Stelle liegenden Gegenſatz in etwas Anderem zu ſuchen haben. — Dieſe erſte Vorausſetzung aber iſt nun keineswegs erwieſen **): und ſo erhebt ſich denn hier ſchon ein Bedenken gegen jene Interpretation.

Die zweite Vorausſetzung, ohne welche die Bethmann-Hollweg'ſche Erklärung nicht beſtehen kann, iſt folgende. — Man muß annehmen, daß zu Cicero's Zeit das Erbrecht vor Einzelrichtern nicht *per form. petitoriam*, ſondern nur per sponsionem praejudic. verfolgt werden konnte. Denn nur dann, wenn die Sponſion der einzige Weg für die Anwendung des Formularproceſſes war, ſind wir berechtigt zu

*) Daß Cicero nur an Streitigkeiten zwiſchen Römern denkt, iſt anzunehmen: denn nur Römer waren ſowohl der legis actio, als der sponsio fähig. Gai. 2, §. 92.

**) Dernburg, Hered. petit. S. 5 ff.

behaupten, daß Cicero mit den Worten „lege agere“ und „sponsionem facere“ den abſoluten Gegenſatz der Legisactionen und des Formularproceſſes bezeichnen wolle: gab es nämlich außerdem noch die *formula petitoria*, ſo wäre ja der Gegenſatz zwiſchen *Legis actio* und *sponsio* nicht erſchöpfend und folglich auch nicht adäquat dem Gegenſatze zwiſchen *Legis actio* und *Formula*.

Wenn nun nicht einmal ausgemacht iſt, ob das Erbrecht zwiſchen Römern überhaupt vor Einzelrichtern geltend gemacht werden konnte, ſo ſteht begreiflicherweiſe über dieſen zweiten Punkt noch viel weniger Etwas feſt. Bejahen wir aber auch die erſte Frage, ſo iſt doch kein Grund, weßhalb die formula petitoria auf das Erbrecht nicht angewendet ſein ſollte *); wir glauben vielmehr poſitiv, daß dies zu Cicero's Zeit jedenfalls in den Provinzen der Fall geweſen, wo die Competenz des Centumviralgerichts ſeine Gränze hatte. — Wenn man nämlich bedenkt, daß ſchon in der älteſten Zeit die Erbſchaftsklage mit der Eigenthumsklage gleich behandelt war, indem beide in derſelben Legis actio mit einfacher Modification der intentio angeſtellt wurden: ſo wird man nicht geneigt ſein zu glauben, daß man im Formularproceß den alten Weg verlaſſen haben ſollte, um bald nachher auf denſelben wieder zurück zu kehren. Man dürfte ſich zu dieſer Annahme nur dann entſchließen, wenn ſich nachweiſen ließe, daß das neue Verfahren ein Hinderniß bot, welches erſt mit der Zeit überwunden

*) Die gewöhnliche Anſicht, nach welcher zu Cicero's Zeit die form. petitoria nicht für das Erbrecht gebraucht wurde, ſtützt ſich auf die Stelle, um deren Interpretation es ſich hier eben handelt. Wir brauchen daher ihr Fundament nicht beſonders anzugreifen. Zimmern, Rechtsgeſch. Bd. 3. §. 64, Anm. 3. 6.

werden konnte. Ein solches Hinderniß, oder auch nur eine Schwierigkeit, ist aber nirgends zu finden: denn wie man von der Legis actio sacramento her gewohnt war, durch eine einfache Modification der intentio dieselbe Proceßform für Eigenthum und Erbrecht gleichmäßig anwendbar zu machen, so wird man kein Bedenken getragen haben, ganz dasselbe bei der formula petitoria zu thun, da es in der That für den Prätor keine größere Anstrengung sein konnte, wenn er schrieb:

Si paret *L. Annii hereditatem* q. d. a. ex jure Quiritium Ai Ai esse —

als wenn er wegen einer singula res die Formel so concipirte:

Si paret *fundum Cornelianum* q. d. a. ex j. Q. Ai Ai esse —.

Sehen wir nun aber von diesen beiden Voraussetzungen der Bethmann-Hollweg'schen Interpretation ab — da dieselben uns doch jedenfalls sehr zweifelhaft erscheinen müssen — und halten wir uns an unsere Stelle selbst, so bleibt kein Grund übrig, anzunehmen, daß Cicero hier die Legisaction und den Formularproceß in Gegensatz stellen wolle. Vielmehr glauben wir, daß die Schlußworte unserer Stelle, welche in der Regel weggelassen werden, beweisen, daß Cicero hier an den Formularproceß gar nicht, sondern nur an die Legis actio denkt. „Hoc opinor jure", sagt er, „et *majores nostri*, et nos semper usi sumus", eine Phrase, welche nicht bloß sehr wenig angebracht, sondern total falsch wäre, wenn hier eine Wahl zwischen der Legis actio und dem Formularproceß in Rede stünde.

Cicero spricht demnach hier nur von der Geltendmachung des Erbrechts im Wege der *Legis actio*, und der Gegensatz in der Stelle liegt in den Worten: „agere *in* hereditatem" und

„certare *de* hereditate.“ Mit jenen Worten iſt auf die dingliche, mit dieſen auf die perſönliche Sacramentsklage verwieſen. Während in jener direct das dingliche Recht verfolgt und beurtheilt, und dieſe Tendenz durch die vindicatio und die intentio *in* rem ausgeſprochen wird: handelt es ſich bei dieſer nur um das perſönliche Recht aus der sponsio praejudicialis und es wird nur implicite „per eam *de* re“ *) judicirt

Greifen wir jetzt zurück zu dem Punkte, von wo wir auf die Interpretation dieſer Ciceronianiſchen Stelle übergingen. Bethmann-Hollweg will durch dieſelbe beweiſen, daß vor den Centumvirn die sponsio praejudicialis gar nicht vorkam, woraus denn allerdings folgen würde, daß Gaius im §. 95, wo er von dem Centumviralgericht redet, nicht an jene sponsio denken könne. Jener Satz aber konnte aus Cicero's Worten nur dann folgen, wenn ihnen der Gedanke zu Grunde lag, daß eine sponsio praejudicialis nur im Formularproceſſe vorkäme. Wir haben nun gezeigt, daß Cicero an dieſes letztere Verfahren gar nicht, ſondern nur an die Legis actio denkt. Es iſt daher nicht blos die Bethmann-Hollweg'ſche Argumentation hinfällig, ſondern für unſere Auslegung der Gaiiſchen Stelle ein neues Argument gewonnen, indem uns Cicero eine Beſtätigung des Satzes liefert, daß die sponsio praejudicialis mit dem Legisactionenproceſſe combinirt werden konnte und daß dies namentlich in Streitigkeiten über das Erbrecht, alſo in Centumviralſachen, zu geſchehen pflegte.

---

*) Gai. 4. §. 94. — Uebrigens wird unſere Interpretation noch unterſtützt durch die Erklärung des Ps. Asconius, in Verrem ad h. l. b. Baiter p. 191.

§. 9.

Nachdem gezeigt worden ist, daß die sponsio praejudicialis mit der Legis actio combinirt werden konnte und combinirt wurde, bleibt jetzt die Frage zu untersuchen, welche Stellung denn unser processualisches Institut in der Geschichte des Römischen Processes eingenommen habe. Bevor wir aber mit der Darstellung unserer eigenen Ansicht beginnen, wird es nothwendig sein, auf entgegenstehende Meinungen näher einzugehen.

1. Keller, welcher, wie bereits hervorgehoben ist, die sponsio als ein wichtiges Organ des Civilprocesses schon unter dem Systeme der Legis actiones betrachtet — und also in diesem Puncte als unser Gewährsmann gelten kann — ist, wie schon oben S. 47, Anm. *) erwähnt worden, der Meinung, „es sei für die Zeit der Legis actiones kaum anders zu denken, als daß, wo eine sponsio vorkam, nichts weiter als die Ernennung eines judex hinzutrat, und damit die sponsio unmittelbar und ohne formula in das judicium überging." *)

Wir können von diesem Satze nur das Eine zugeben: daß zur Zeit der Legis actiones keine formula vorgekommen ist. Wenn aber außerdem gesagt sein sollte, daß, wo eine sponsio vorkam, die eigentliche *Legis actio* wegfiel und bis auf die judicis datio durch den Abschluß der sponsio ersetzt wurde: so halten wir dies für nicht begründet.

Wir haben im vorhergehenden Paragraphen gezeigt, nicht nur, daß eine Combination der Sponsion mit der Legis actio gar keine Schwierigkeiten bot, sondern auch, daß, nach Cicero und Gaius jene Combination in der von uns dargestellten

*) Vrgl. Keller, Civilpr. S. 110.

Weiſe wirklich in Centumviralſachen angewendet wurde. Wir werden daher von vornherein Keller darin nicht beipflichten können, daß die Sache „kaum anders zu denken ſei“ als ſo, wie er ſie darſtellt.

Nach der Keller'ſchen Annahme aber würde durch die sponsio ein dritter modus procedendi neben der Legis actio und Formula gebildet ſein: denn wo ſie vorkam, ſollte ja weder die eine, noch die andere der letztgenannten Proceßformen Anwendung finden. *) Allein dem ſteht entgegen, daß wir für dieſe doch außerordentlich bemerkenswerthe Thatſache gar kein Zeugniß beſitzen.

Wir müſſen aber weiter gehen und behaupten, daß es gar nicht möglich war, daß die Legis actio durch eine sponsio erſetzt und überflüſſig gemacht werden konnte. — Wir haben keinen Grund, anzunehmen, daß ſich die Verhandlungen in jure zur Zeit der Legisactionen ihrem Zwecke nach weſentlich von denjenigen im Formularproceſſe unterſchieden haben. Im Gegentheil müſſen wir, ſoweit uns die Legisactionen bekannt ſind, in ihnen ein Verfahren erblicken, welches ebenſo wie die Verhandlungen in jure nach der lex Aebutia, dazu diente den Streitpunkt zu fixiren, für deſſen Entſcheidung das judicium beſtellt werden ſollte. Im Legisactionen- wie im Formularproceſſe hatten die Partheien das von ihnen zu verfolgende Recht vor dem Magiſtrate zu behaupten, und der weſentliche Unterſchied beſtand nur darin, daß im Formularproceſſe das Princip freier Erörterung zwiſchen den Litiganten aner-

*) Es iſt hier nämlich immer nur von der Zeit vor der Lex Aebutia die Rede. Für die ſpätere Zeit läßt Keller natürlich Gai. 4. §. 93 gelten. Civilpr. S. 106, Anm. 314.

kannt war, während eine ältere Zeit, für welche der Wortlaut und der Sinn eines Rechtssatzes zwei congruente und untrennbare Elemente waren *), verlangte, daß das Recht von den Partheien gerade auch in dem Ausdrucke behauptet werde, welchen das Gesetz gebraucht hatte, als es das Recht in abstracto anerkannte. Fragen wir aber nach dem Zwecke der Legis actio, so war die dem Gesetz entsprechende Rechtsbehauptung offenbar der Cardinalpunkt. Ohne diese würde es dem judicium an der Basis gefehlt haben, ja es hätte der Prätor einen judex gar nicht bestellen können, weil derselbe nicht mit einer allgemeinen, sondern mit einer auf die concrete Rechtsfrage beschränkten Competenz auszurüsten war.

Offenbar enthält eine Sponsion nicht die Elemente, welche sie zum Ersatz der Legis actio befähigten. Sie ist ein Contract wie jeder andere, eine Thatsache, aus welcher ein Recht hergeleitet, ein Rechtsgrund, der wie jeder andere im Processe geltend gemacht werden kann: allein sie ist keine Rechtsbehauptung und daher keine Form der Geltendmachung eines Rechts. — Dies leuchtet am besten ein, wenn man sich erinnert, wie Gaius (4 §. 93) die Stellung der sponsio im Formularprocesse beschreibt. Nicht an die Sponsion schließt sich das judicium **), sondern aus der Sponsion wird Klage erhoben, es wird eine formula edirt mit der intentio: adversarium dare oportere sponsionis sum-

*) Gai. 4. §. 11 macht uns dies an den vites sehr klar. Gai. 4. §. 30. — Kierulff, Theorie des gem. Civilrechts S. 20 ff.

**) Wäre dies überhaupt möglich gewesen, wäre dies vor der lex Aebutia geschehen, so hätte es ebensogut nachher der Fall sein müssen: denn unnöthige Weiterungen hat der Formularproceß nirgends mit sich gebracht.

mam. Und was ist die intentio ihrem Wesen nach Anderes, als die Rechtsbehauptung in der Legis actio?

2. Bei der Frage über die Stellung der sponsio praejudicialis in der Römischen Proceßgeschichte, behalten wir im Folgenden nur die Eine hauptsächlichste Anwendung derselben im Auge, nämlich die für Verfolgung dinglicher Rechte.

Die gewöhnliche Ansicht, welche auch neuerlich wieder von Keller*) vorgetragen ist, geht über diese Frage dahin, daß es nach Aufhebung der Legisactionen geraume Zeit gedauert habe, ehe man in der formula petitoria eine Proceßform erfand, durch welche Untersuchung und Entscheidung geradezu auf das dingliche Recht gerichtet wurde. Dieser Zwischenraum sei eben durch unsere sponsio praejudicialis ausgefüllt worden und Keller fügt hinzu: „daß das in rem agere per sponsionem zunächst an die Stelle des sacramentum trat, sei für die rei vindicatio und die noch darin begriffene hereditatis petitio mit Hülfe sicherer Zeugnisse festgestellt."

Es wird uns zunächst daran gelegen sein müssen, die „sichern Zeugnisse" für Keller's Ansicht kennen zu lernen, denen gegenüber jede weitere Deduction schweigen müßte.

Keller beruft sich zuerst auf Gai. 4. §. 91. 93. 94. In diesen Paragraphen aber ist, so viel wir sehen können, nur davon die Rede, daß und wie man sich zu Gaius Zeiten der sponsio praejudicialis bei dinglichen Rechten bediente. Und daran schließt sich die Bemerkung, daß die Stipulation „pro praede litis et vindiciarum" heiße, weil sie an die Stelle der praedes im alten Vindicationsproceß getreten sei. — Was

*) Civilproceß S. 105. 106.

kann aber hieraus für die Zeit der Erfindung unſerer formula petitoria geſchloſſen werden?

Keller's zweite Belegſtelle iſt die oben ausführlich beſprochene: Cic. in Verr. II, 1, 45. Es iſt dort, wie wir ſahen, von der Legis actio in Erbſchaftsſtreitigkeiten die Rede, und die sponsio praejudicialis erſcheint in Verbindung mit dieſer. Von ihrer Einführung aber wird kein Wort geſagt: ſie wird im Gegentheil als eine ſchon bei den „*majores*“ gebräuchliche Procedur bezeichnet. Da zu Cicero's Zeit bekanntlich (in Verr. II, 2, 12) die formula petitoria ſchon in Uebung war, ſo könnte man aus dem Umſtande, daß er dieſelbe hier nicht erwähnt, höchſtens für die *hered. petitio* Etwas folgern und dies würde nach unſeren obigen Ausführungen nur ſein, daß dieſe Klage zwiſchen Römern deßhalb nicht in den Formen des neuen Verfahrens geltend gemacht werden konnte, weil ſie vor das Centumviralgericht gehörte.

Wie aber läßt ſich für die Keller'ſche Anſicht über die Erfindung der formula petitoria als erſter directer a. in rem aus dieſer Stelle argumentiren?

Als dritte und letzte Belegſtelle citirt Keller

Vatic. fragm. §. 336.

Lib. I. Sententiarum. Cum quo agitur ... pro praede litis et vindiciarum adversario ..... Si in personam sit actio d ..... in rem pro praede litis et vindiciarum ..... Actoris procurator non solum absentem defendere sed et rem ratam dominum habiturum satisdare cogitur.

Der erſte Theil dieſer Stelle iſt, wie man ſieht, ſo lückenhaft, daß man auf jedes Verſtändniß verzichten muß. Der zweite Theil handelt von der Cautionspflicht eines Procurator.

Die vorhergehenden und nachfolgenden Paragraphen sind ebenso lückenhaft und unverständlich wie der vorliegende, so daß selbst Conjecturen aus dem Zusammenhange nicht möglich sind. Wir müssen uns daher, statt eine Widerlegung zu unternehmen, auch hier auf die Bemerkung beschränken, daß wir nicht einsehen, welches Argument Keller aus dieser Stelle entnehmen könnte.

Nach dieser Prüfung der Keller'schen*) Beweisstellen scheint es uns nicht zu kühn, wenn wir behaupten, daß durch kein directes Zeugniß bewiesen werde, daß die sponsio praejudicialis zunächst an die Stelle der L. a. sacramento getreten, die formula petitoria dagegen erst später erfunden sei. Es wird daher auf die innere Begründung dieser Ansicht ankommen und uns, indem wir sie untersuchen, erlaubt sein, diejenigen Gründe darzulegen, aus denen wir sie für unrichtig halten müssen.

Zunächst ist es nicht wahrscheinlich, daß zwischen der Abschaffung der Legis actio und Erfindung der formula petitoria eine Lücke gewesen, welche durch den Gebrauch der sponsio praejudicialis ausgefüllt worden ist. Es fällt schwer, eine angemessene Zeit für dieses Interregnum ausfindig zu machen. Denn die formula petitoria wird von Cicero schon keineswegs mehr als ein ganz neu erfundenes Institut angesehen; vielmehr benutzt er sie als ein allgemein bekanntes Beispiel, um auf die oft gefährliche Macht des Prätors in der Rechtspflege hinzuweisen (Cic. in Verr. II, 2, 12.) Ueberdies war, nach ziemlich allgemeiner Annahme, die a. Publiciana schon zu

*) Wir haben bei keinem andern Schriftsteller andere Stellen gefunden. Man wird es uns daher nicht zum Vorwurf machen können, wenn wir uns auf Keller beschränken.

Cicero's Zeit in Uebung, deren Erfindung doch annehmen läßt, daß der Gebrauch der formula petitoria schon eine gewisse Tradition für sich hatte. Wir werden also auf den, nach dem Maaße Römischer Rechtsbildung kurzen Zeitabschnitt zwischen der lex Aebutia und geraume Zeit vor Cicero geführt, welcher dieses Interregnum zwar umfassen konnte, aber schwerlich umfaßt haben wird, weil wir sonst ohne Zweifel nähere Kunde davon haben würden.

Die hauptsächliche Veranlassung dieser Ansicht ist aber die unrichtige Vorstellung über das Wesen der Legis actio sacramento, wonach man in dem Verfahren per sponsionem praejudicialem ein sich eng anschließendes Analogon, in der formula petitoria dagegen eine ganz heterogene Erscheinung sehen zu müssen glaubt. Diese Vorstellung bewegt sich nun offenbar in einem Cirkel: aus der angeblichen Gleichheit wird auf das historische Verhältniß geschlossen, und wiederum muß dieses jener Vergleichung des Wesens zur Folie dienen.

Die wesentliche innere Verschiedenheit der L. a. sacramento und der sponsio praejudicialis haben wir im vorigen Abschnitte nachgewiesen. Wenn nun aber behauptet wird, daß unsere L. a. und die formula petitoria von einander so weit abwichen, daß ein unmittelbarer Uebergang von der einen zur anderen nicht wahrscheinlich sei: so glauben wir dagegen, daß zwischen diesen beiden processualischen Formen eine viel innigere Verwandtschaft sich nachweisen lasse, als zwischen einer derselben und dem Verfahren per sponsionem besteht.

a. Was zunächst die intentio anlangt, so finden wir in der formula petitoria ganz dieselbe wieder, welche wir in der dinglichen Legis actio sacramento kennen lernten. Nur die formelle Aenderung ist mit ihr vorgegangen, welche sich alle

Intentionen bei ihrer Uebertragung in die formula gefallen laſſen mußten. *) Denn wie aus der Rechtsbehauptung in der perſönlichen Legis actio: „Ajo te mihi dare oportere“ die intentio wurde: „Si paret N^m N^m A° A° dare oportere“; ſo iſt das Formular der alten Vindication: „Hanc rem meam esse ajo ex jure Quirit.“ in die intentio der formula petitoria umgegoſſen und lautet: „Si paret illam rem ex jure Quiritium A^i A^i esse.“ Der ganze Unterſchied beſteht darin, daß in der formula der Prätor zum judex ſpricht, während in der Legis actio ſich die eine Parthei gegen die andere mit ihrer Behauptung wendet.

Es gehörte alſo, wie man ſieht, eine ſehr einfache Operation dazu, das juriſtiſche Element aus der Legis actio in die Formula zu übertragen: und daß dieſelbe bei den perſönlichen Klagen allgemein angewendet ſei, hat noch Niemand bedenklich gefunden. Welcher Grund aber ſollte dies bei dinglichen Klagen verhindert haben? Worin ſoll die angebliche **) Schwierigkeit beſtehen, „die den Vindicationen zu Grunde liegende Rechtsbehauptung mit dem Formularproceſſe zu vereinbaren“, da doch hier offenbar nur ganz daſſelbe zu thun war, was bei den perſönlichen Klagen allgemein geſchah?

Statt deſſen behauptet man nun, daß nach Abſchaffung der dinglichen Sacramento l. a. zunächſt eine Klagform in ausſchließliche Uebung gekommen ſei, deren intentio nicht die Behauptung eines dinglichen Rechts enthielt, ſondern auf „dare oportere“ ging. Erſt hieran ſoll ſich die petitoria formula

*) Dieſer Uebergang iſt ſehr einleuchtend dargeſtellt von Keller, Civilproceß §. 25. Nur gerade für unſeren Fall ſcheint er ihn nicht anzunehmen.

**) Zimmern, Rechtsgeſch. Bd. 3. S. 151. 193.

mit ihrer dinglichen intentio geſchloſſen haben. — Dieſe Annahme enthält zwei ſeltſame Probleme. Einmal iſt nämlich nicht zu begreifen, wie man den Uebergang von der perſönlichen zur dinglichen intentio conſtruiren will. Eine Vermittlung dieſer beiden Extreme ſcheint nicht möglich. Man muß hier einen Sprung ſtatuiren. Dazu kommt aber zweitens, daß dieſer Sprung nicht zu etwas Neuem, ſondern zu dem Alten zurückgeführt haben würde: denn es iſt ja in die formula petitoria nur dieſelbe intentio aufgenommen, welche man in der alten Vindication ſchon hatte.

Man muß alſo glauben, die Römer hätten eine Klagform aufgegeben, weil ſich die darin enthaltene Rechtsbehauptung mit der Neuerung ihres Proceſſes nicht vertrug; die weitere Entwicklung aber habe darin beſtanden, daß man zu dem Alten zurückkehrte und jene angeblich unverträgliche Rechtsbehauptung ganz einfach der formula einfügte.

b. Man findet ferner in der pecuniaria condemnatio, welche dem Formularproceß angehört, eine Schwierigkeit *) für die Verfolgung dinglicher Rechte in dieſer neuen Proceßform und meint auch aus dieſem Grunde, daß die formula petitoria der L. a. sacramento nicht unmittelbar gefolgt ſein könne.

Allerdings iſt zuzugeben, daß Demjenigen, welcher ſein Recht auf eine individuelle Sache verfolgt, nicht damit gedient ſein kann, ſich mit ihrem Geldwerth abfinden laſſen zu müſſen. Allein dieſen Uebelſtand haben die dinglichen Proceſſe mit denjenigen gemein, worin ein perſönliches Recht geltend gemacht wird, deſſen practiſches Object nicht gerade eine Geldſumme iſt **): der Uebelſtand iſt nur begründet in der Incongruenz

*) Zimmern, Rechtsgeſch. Bd. 3. S. 151. 193.
**) Vrgl. darüber Keller, L. C. S. 211 ff.

des Objects der Intention mit demjenigen der Condemnation; welcher Art das Recht aber sei, ist dabei ganz gleichgültig. Bei persönlichen Klagen behauptet man nun nicht, daß die Römer in jenem Uebelstande eine Schwierigkeit für ihre Verfolgung im Formularprocesse gesehen hätten; vielmehr soll das arbitrium de restituendo eine genügende Abhülfe geboten haben, und nach einer Vermittlung des Uebergangs aus der L. a. in die formula wird mit Recht nicht gesucht. — Warum aber, so sind wir zu fragen berechtigt, soll denn der Entwicklungsgang bei dinglichen Klagen ein anderer gewesen sein, da die Verhältnisse doch ganz dieselben waren?

Es sei gestattet, hierauf eine kurze Erörterung über das arbitrium de restituendo, welches wir als ein fertiges Institut im Formularprocesse antreffen, einzugehen.

Man hat vermuthet, daß sich an die L. a. sacramento ein arbitrium litis aestimandae angeschlossen habe und eben dasselbe ist für das Verfahren per sponsionem praejudicialem behauptet worden. *) Vielleicht könnten hierin die Keime der formulae arbitrariae liegen. Es fragt sich aber zunächst, ob wir Grund haben, jenen Hypothesen beizustimmen.

Einen Beweis dafür, daß sich an die Legis actio sacramento ein Nachverfahren unter dem Namen arbritrium litis aestimandae geschlossen habe, giebt es nicht. Denn in dem Umstande, daß man in späterer Zeit bei dem judicium repetendarum eine solche litis aestimatio findet, liegt offenbar kein Beweis. Es ist auch nicht dieser Umstand, sondern ein vermeintliches Bedürfniß, welches Keller zu seiner Ansicht

*) Keller, Civilproceß S. 67 ff. Wetzell, Vindicationsproceß S. 91.

geführt hat. Denn da er eine condemnatio im Sacramentsproceſſe hinwegleugnet, ſo muß er ſich allerdings nach einem anderen Medium für einen practiſchen Erfolg der Legis actio umſehen. — Halten wir uns dagegen daran, was unſere Quellen auf das Beſtimmteſte bezeugen, daß im Legisactionenproceſſe in rem ipsam condemnirt wurde (ſ. o. §. 5. 6.), ſo bedürfen wir eines arbitrium l. a. gar nicht, ja es erſcheint uns daſſelbe ſogar ganz zwecklos: und wir befinden uns dabei in der vortheilhaften Lage, zu glauben, wo unſere Quellen reden, ſtatt zu muthmaaßen, was ſie verſchweigen.

Ebenſo wenig Beweiſe *) giebt es für die Exiſtenz eines arbitrium litis aestimandae in dem durch sponsio praejudicialis eingeleiteten Verfahren. Hier allerdings mußten wir zugeben, daß, da nur eine Condemnation auf die Sponſionsſumme erfolgen konnte, noch ein beſonderes Medium zur Erreichung des practiſchen Zweckes der dinglichen Klage deſiderirt wird. Allein worin dies beſtand, iſt durch die Quellen genügend berichtet, weßhalb es auch hier in der That der Annahme eines unbeglaubigten Inſtituts nicht bedarf. Wird uns doch geſagt, daß im Sponſionsproceſſe eine bedingte Verpflichtung des Beklagten zur Reſtitution durch die stipulatio pro praede litis et vindiciarum geſchaffen wurde — eine Verpflichtung, welche mit dem Augenblicke der Verurtheilung in die summa sponsionis klagbar ſein mußte (ſ. o. §. 6. Nro. 1.). Wenn

*) Wetzell, a. a. O. S. 91 nimmt die Sache als ausgemacht und ſucht nur zu beweiſen, daß das arbitrium cumulirt mit der formula ex sponsione habe erbeten werden können. Dies ſoll aus der Analogie des Interdictenproceſſes folgen — womit es doch wohl eine andere Bewandtniß hat, als mit unſerem präjudiciellen Sponſionsproceß bei dinglichen Rechten. Vrgl. die Darſtellung bei Schmidt, Interdictenverfahren S. 253 ff. 257 ff. 262 ff.

nun der Beklagte nicht freiwillig dieſe Verpflichtung erfüllte, ſo konnte Nichts im Wege ſtehen, daß der Kläger ehemals ſein Recht in einer Legis actio mit perſönlicher intentio verfolgte, wozu ſich ganz beſonders die L. a. per judicis postulationem eignen mogte. Im Formularproceſſe aber wird auf jene Stipulation eine gewöhnliche a. ex stipulatu incerta gegründet ſein, deren formula lautete:

Quod A. Agerius de N. Negidio pro praede litis et vindiciarum (incertum) stipulatus est, quidquid paret ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportere u. ſ. w.

Wir müſſen daher die Hypotheſe von einem arbitrium litis aestimandae ganz aufgeben und brauchen uns nicht erſt auf die Frage einzulaſſen: ob in dem arbitrium *litis aestimandae* die Keime des arbitrium de *restituendo* füglich gefunden werden können.

Wir ſind aber der Meinung, daß ſich das arbitrium de restituendo ſehr wohl aus der *condemnatio in ipsam rem* des Legisactionenproceſſes, und zwar nur hieraus genügend erklären laſſe: ſo daß wir alſo auch in Betreff des Urtheils eine nahe Verwandtſchaft der dinglichen L. a. sacramento und der formula petitoria annehmen müſſen.

Die große Aenderung, welche im Gefolge des Formularproceſſes mit den dinglichen Proceſſen vor ſich gegangen iſt, hat darin beſtanden, daß der judex die Befugniß erhielt, den abgeſchätzten Werth des dinglichen Rechts zum Object der Condemnation zu machen, während er bis dahin, dem strictum jus angemeſſen, an die formelle Congruenz des Condemnationsobjects mit dem der Intention gebunden war. Es liegt hierin ein unverkennbarer Fortſchritt in der Richtung, welche überhaupt

die Entwicklung des Römiſchen Rechts verfolgt hat, von dem ſubjectiven und nationalen Individualismus zur Allgemeinheit. Allein das Gute und Sachgemäße, welches die Normen der Legisactionen enthielten, hat der Formularproceß auch an dieſem Punkte nicht aufgegeben, ſondern nur ſeiner Eigenthümlichkeit accommodirt. Wenn es nun unzweifelhaft als die eigentliche Abſicht des Klägers angeſehen werden muß, das Object ſeines dinglichen Rechts ſelbſt zu erhalten, ſo durfte der Formularproceß ſich des Inſtituts nicht entäußern, welches allein jener klägeriſchen Intention vollkommen zu entſprechen geeignet war: und eben daher erhielt ſich der materielle Gehalt der condemnatio in ipsam rem in der Geſtalt des arbitrium de restituendo, deſſen enger Anſchluß an jene daraus erhellt, daß Zwangsmaaßregeln zu ſeiner Erfüllung dem Richter zu Gebote ſtanden*); wobei es Nichts zur Sache thut, daß wir es dahin geſtellt ſein laſſen müſſen, wie weit jene Maaßregeln reichten.

Ergiebt ſich demnach in Betreff des Urtheils eine ſo nahe Verwandtſchaft des L. a. sacramento mit der formula petitoria, daß ein unmittelbarer Uebergang auch hier wahrſcheinlich wird; ſo iſt dagegen das Verfahren per sponsionem praejudicialem von der formula petitoria ſo weſentlich verſchieden, daß ſie unmöglich als eine Uebergangsſtufe betrachtet werden kann.

Zunächſt iſt von einem arbitrium de restituendo, von einem unmittelbar auf das dingliche Recht gerichteten Beſcheide aus dem natürlichen Grunde keine Spur, weil dieſes Recht gar nicht der juriſtiſche Gegenſtand des Proceſſes iſt. Aus dem Spon=

*) Vrgl. darüber Keller, L. C. S. 215, Anm. 5. Zimmern, Rechtsgeſchichte Bd. 3. S. 198, Anm. 13. S. 208 und den dort citirten Ribbentrop, Commentatio ad l. 16. §. 5. de pignorib. etc. Gött. 1824.

ſionsproceſſe kann alſo die formula petitoria dieſen Beſtandtheil nicht genommen haben — und meint man, daß ſie das Mittelglied geweſen, ſo muß man auch hier ſtatuiren, daß die folgende Neuerung in einer Annäherung an das Alte, der Fortſchritt in einem Rückſchritte beſtanden habe.

Aber finden wir etwa in dem Sponſionsproceſſe eine Erklärung der *pecuniaria* condemnatio? Es iſt wahr, der Sponſionsproceß führte zu einer Verurtheilung in Geld; er konnte zu nichts Anderem führen, weil eine Geldſumme ſpondirt war und alſo das verfolgte perſönliche Recht kein anderes Object hatte. Allein die Frage iſt: ob man, nach allgemeiner Einführung der pecuniaria condemnatio, für die Geltendmachung dinglicher Rechte zuerſt auf die sponsio praejudicialis deßhalb verfiel, weil man nach einem juriſtiſchen Subſtrat für die Verurtheilung in Geld ſuchte, welches allerdings in einer dinglichen Intention nicht lag. — Man hätte ein juriſtiſches Fundament der pecuniaria condemnatio dadurch ſchaffen können, daß man die Partheien einen Contract ſchließen ließ, durch welchen ſich der Beklagte zur Zahlung des Werths des Streitobjects im Falle ſeines Unterliegens verpflichtete, und der Kläger ſeinerſeits für dieſes Aequivalent auf ſein dingliches Recht verzichtete. Haben wir nun aber in der sponsio praejudicialis einen ſolchen Vertrag und bietet ſie überhaupt einen Rechtsgrund für die Verurtheilung in den Werth des Objects des dinglichen Rechts?

Es iſt dies entſchieden zu leugnen. Denn die summa sponsionis, in welche verurtheilt werden muß, ſteht zu dem dinglichen Rechte in gar keiner Beziehung; ſie iſt weder beſtimmt, noch befähigt, das pecuniäre Aequivalent des dinglichen Rechts darzuſtellen. Es ergiebt ſich dies daraus, daß ihr Betrag von

den Partheien durchgehends ſehr niedrig und jedenfalls ohne Rückſicht auf den Werth des dinglichen Rechts fixirt, nach gesprochenem Urtheile aber gar nicht einmal beigetrieben wurde; der eigentliche, auf das dingliche Recht ſelbſt gerichtete Zweck des Proceſſes dagegen durch die Caution noch beſonders geſichert war. — Es hat alſo die pecuniaria condemnatio im Sponſionsproceſſe eine ſo total andere Baſis und Bedeutung wie die der formula petitoria, daß wir darauf verzichten müſſen, dieſe aus jener zu erklären.

§. 10.

Wir wollen jetzt verſuchen, die geſchichtliche Stellung des Verfahrens per sponsionem praejudicialem zu bezeichnen.

Halten wir die Thatſachen feſt, daß die Anwendung präjudicieller Sponſionen eine ſehr ausgedehnte Gewohnheit der Römer ſchon in alten Zeiten war, und daß dieſelbe namentlich in Anwendung auf Verfolgung dinglicher Rechte ſchon zur Zeit der Legisactionen vorkam; vergegenwärtigen wir uns außerdem die durch die vorhergehenden Unterſuchungen gewonnenen Reſultate: ſo werden wir, um uns die Entſtehung des Sponſionsproceſſes zu erklären, nicht nach einer Zeit ſuchen, wo derſelbe das einzige Mittel zur Verfolgung dinglicher Rechte geweſen wäre: ſondern wir werden uns nach Momenten umſehen, welche es begreiflich machen, daß dies Verfahren neben dem directen in der Praxis Eingang finden konnte.

Wenn es Sitte und Gewohnheit bei den Römern war, Sponſionen zu ſchließen, um auf dieſem Wege eine richterliche Entſcheidung über Fragen zu erlangen, welche an ſich zur Cognition eines Privatrichters nicht gehörten: ſo mußte der Character des alten Proceſſes bald auf eine erweiterte Anwendung

dieſes Mittels hinführen. Es ergaben ſich im Laufe der Zeiten mancherlei Rechtsverhältniſſe, welche ihrer Natur nach zwar ſehr wohl unmittelbar für den Civilproceß ſich eigneten, jedoch in der Legis actio deßhalb entweder gar nicht, oder nur mit Gefahr verfolgt werden konnten, weil es für ſie an einer den Geſetzesworten angepaßten und darum in der Legis actio gültigen Formel fehlte. Hier bot die sponsio praejudicialis eine willkommene Aushülfe.

Derartige Bedürfniſſe haben im Legisactionenproceſſe ſelbſt einen Fortſchritt hervorgerufen, den wir in der L. a. per judicis postulationem und per condictionem erkennen. Ehe ſich aber die Geſetzgebung in Thätigkeit ſetzte, wird ſchon die Praxis nach dem bereiten Hülfsmittel gegriffen haben. Für die dinglichen Rechte mag ein ſolcher Mangel weniger fühlbar geweſen ſein; nur daß wohl manches neu entſtehende jus in re aliena ſich vergebens nach einer, für eine directe Geltendmachung angemeſſenen und anerkannten, Wortformel umgeſehen haben wird. Allein auch ſonſt boten ſich für die Anwendung der sponsio praejud. genügende Gründe der Empfehlung.

Die Größe des Sacraments richtete ſich danach, ob das verfolgte Object 1000 Aß oder weniger betrug. Es war daher bei Vindicationen nothwendig, daß der Gegenſtand taxirt und danach die summa sacramenti feſtgeſetzt wurde. Schloß man ſtatt deſſen eine sponsio praejudicialis, ſo mußte ſich die Höhe des Sacraments nach der ſpondirten Summe, dem nunmehrigen Streitobject, richten, und dies bot den Partheien in zwiefacher Hinſicht einen Vortheil. Einestheils nämlich vermied man die Weiterungen einer Taxation, die namentlich bei entfernteren Grundſtücken und bei umfaſſenden Erbſchaften nicht unbedeutend ſein konnten. Anderntheils aber bekamen die Par-

theten dadurch die Bestimmung der Sacramentssumme ganz in ihre Hand. Sie konnten, indem sie die summa sponsionis unter 1000 Aß hielten, den Vortheil erlangen, nur 50 Aß als Sacrament einsetzen zu müssen.

Wir dürfen diesen Vortheil nicht zu gering anschlagen; denn schon an sich waren 500 Aß kein unbedeutender Betrag. Im Jahre d. St. 324 war der Werth eines Rinds auf 100 Aß, eines Schaafs auf 10 Aß taxirt und als „suprema mulcta", über welche hinaus Niemand gestraft werden konnte, galt der Betrag von 30 Rindern und 2 Schaafen *), also schon das Sechsfache des höchsten Sacraments. — So lange der Legisactionenproceß bestand, ist der Werth des Kupfers gestiegen. Allerdings ist um die Zeit des ersten punischen Krieges eine außerordentliche Reduction des Münzfußes dazwischen getreten. Allein wir haben nicht anzunehmen, daß man sich für die Bestimmung des Sacraments an das Nominal gehalten; vielmehr spricht die Wahrscheinlichkeit dafür, daß man auch später noch die summa sacramenti nach aes grave berechnete, wie dies bei anderen öffentlichen Strafen — und als solche sahen die späteren Römer das Sacramentum an, Festus s. v. sacramentum aes. Gai. 4. §. 13. — so allgemein zu geschehen pflegte, daß „aeris gravis poena" der gangbare Ausdruck war. **) Wenn wir nun auch nicht glauben, daß die Steigerung des Kupferwerths mit der Reduction des Münzfußes gleichen Schritt gehalten ***) und darnach im 6ten Jahrh. etwa

*) Gell. 11, 1. Festus s. v. Ovibus. Peculatus. Böckh, Metrolog. Unters. S. 420. Cic. de repub. 2, 35.

**) Vergl. Böckh, Metrologische Untersuchungen S. 396 ff. S. 414 ff.

***) Vergl. gegen Niebuhr: Böckh, Metrol. Unters. S. 346 ff. und Abschnitt XXIX.

das Zwölffache der alten Währung erreicht habe; so sind wir dennoch berechtigt zu behaupten, daß während der Dauer des Legisactionenproceſſes das sacramentum quingenarium immer einen anſehnlichen Werth repräſentirt habe. — Bedenken wir nun aber, daß dieſe 500 Aß als reine Proceßkoſten erſcheinen, die unzweifelhaft in Rom nicht weniger geſcheut ſein werden, als heutzutage, wo man ſich ſchon mehr an den Gedanken gewöhnt hat, daß ohne Geld kein Recht zu haben iſt — ſo dürfen wir den handgreiflichen öconomiſchen Vortheil des Sponſionsproceſſes als einen in den Augen des wohlberechnenden Römers nicht geringen anſehen. *)

Ein anderer Nutzen der Sponſion lag aber in Folgendem. Man leitete durch dieſelbe den ganzen Proceß in den Gang hinüber, welcher für perſönliche Klagen vorgeſchrieben war. Man hatte alſo in ihr bereits in alter Zeit ein Mittel, um die Weitläuftigkeiten der Vindication zu umgehen und dafür den einfacheren perſönlichen Sacramentsproceß einzutauſchen. Ein Vortheil lag ſchon in der Abkürzung der Verhandlungen in jure; von größerem Gewicht aber iſt es, daß man einer interimiſtiſchen Beſitzänderung vorbeugte, und die Zeit und Koſten erſparte, welche häufig (wo es ſich um entfernte Grundſtücke handelte) damit verbunden ſein mußten, wenn die Vindicien geholt werden ſollten. Nach der *lex Silia* aber gewährte die sponsio praejudicialis den Nutzen, daß man ſein

*) Gai. 4. §. 95 erwähnt ein Geſetz, welches für die *sponsio* praejud. in Centumviralſachen die Summe von 125 Seſterzen (500 Aß) feſtgeſetzt haben ſoll. Der Zweck dieſer Beſtimmung iſt geweſen, von vornherein alle Weiterungen über die Höhe des Sacraments abzuſcheiden, indem es dadurch ein für alle Mal auf dem niedrigſten Satz gehalten wurde.

Recht durch L. a. per condictionem verfolgen und ſomit nicht nur das sacramentum ganz erſparen, ſondern auch das einfachſte und ſchleunigſte Verfahren zur Anwendung bringen konnte.

Wir ſehen alſo, daß es im Legisactionenproceß genügende Gründe gab, welche die Praxis zur Anwendung einer sponsio praejudicialis bei Verfolgung dinglicher Rechte bewegen mußten, obgleich daneben der directe Vindicationsproceß als der ordentliche Beſtand hatte. Wenn aber jene Vortheile der Sponſion zu ihrer Anwendung und häufigen Uebung veranlaßten, ſo konnte daneben der Nachtheil nicht überſehen werden, daß durch ſie eine directe Verurtheilung in das Object des dinglichen Rechts ausgeſchloſſen wurde. Man mußte nach einem Mittel ſich umſehen, wodurch dieſer Uebelſtand in ſeinen practiſchen Folgen gehoben wurde: und dies war in einer acceſſoriſchen bedingten Stipulation leicht gefunden, die den beklagten Beſitzer für den Fall ſeines Unterliegens zur Herausgabe, eventuell zum Erſatz verpflichtete. Die stipulatio pro praede litis et vindiciarum konnte um ſo leichter Eingang finden, als man von der Vindication her gewöhnt war, daß, wer die Vortheile des Beſitzes während des Proceſſes genoß, zu einer Sicherheitsleiſtung verpflichtet ſei: und der Name beweist, daß dieſe Analogie das leitende Princip bei der Ausbildung geweſen iſt.

Durch dieſe Stipulation hatte der Sponſionsproceß ſeine Abrundung erhalten; er beſtand electiv neben der Vindication. Und gerade in dieſem electiven Verhältniſſe lag das Mittel begründet, um den Gegner zum Abſchluſſe der Sponſion zu bewegen. Es iſt nämlich die gewöhnliche Annahme durchaus unbeweisbar, daß der Prätor zum Abſchluß einer sponsio praejudicialis in dinglichen Proceſſen zwingen konnte; es

spricht dafür weder die Wahrscheinlichkeit, noch irgend ein Zeugniß. *) Es steht nicht einmal fest, daß die Sponsion in jure geschlossen werden mußte **), und der Prätor scheint überhaupt über den Abschluß und die Zulässigkeit gar keine Cognition gehabt zu haben. Schwerlich wäre es sonst möglich gewesen, daß ein Fall vorkam, wie ihn Cicero (de offic. 3, 19. §. 77.) und Valerius Maximus (7. 2, 4.) von dem Consular Licinius Fimbria erzählen, welchem zugemuthet war, über eine ganz unsinnige Sponsion als judex zu urtheilen. — Das einzige, aber auch vollkommen ausreichende Mittel, um den Gegner zur Sponsion zu veranlassen, ist gewesen: die dem Kläger erlaubte Drohung, daß er sein Recht in der ihm elective zu Gebote stehenden Proceßform verfolgen werde. Je mehr dem Kläger an dem Sponsionsproceß gelegen war, desto wirksamer war auch das angedrohte Präjudiz: denn die Vortheile des einen und Nachtheile des andern Verfahrens stellten sich im Ganzen auf beiden Seiten gleich.

So war denn der Sponsionsproceß schon zur Zeit der lex Aebutia ein allgemein gebräuchliches und durch die Praxis zu fester Gestalt ausgebildetes Verfahren. Es vererbte sich, wie bekannt ist, in den Formularproceß, dessen Einführung die Gränze unserer Aufgabe bezeichnet.

---

*) Auf das Verfahren des Verres (Cic. in Verr. II. 5, 54.) gegen den C. Servilius, welcher allerdings durch Zwang, und zwar durch Schläge, zu der sponsio „ni furtis quaestum faceret“ getrieben werden sollte, zufälligerweise aber bei dieser Procedur ums Leben kam — wird man sich zum Beweise wohl nicht berufen wollen.

**) Dies wird auch keineswegs von Gai. 4. §. 93. gesagt. Vrgl. Schmidt, Interdictenverfahren S. 237.